٤٥ - من منشورات المجلس العلمي
المحيط البرهاني
لمسائل المبسوط والجامعين والسير والزيادات والنوادر
والفتاوى والواقعات مدللة بدلائل المتقدمين رحمهم الله
تأليف
الامام برهان الدين أبي المعالي محمود بن صدر الشريعة ابن مازه البخاري
رحمه الله تعالى ٥٥١ هـ/٦١٦ هـ
اعتنى بإخراجه وتصحيحه
نعيم أشرف نور أحمد
المجلد السادس عشر
إدارة القرآن
المجلس العلمي

المحيط البرهاني

لمسائل المبسوط والجامعين والسير والزيادات والنوادر
والفتاوى والواقعات مدللة بدلائل المتقدمين رحمهم الله

تأليف

الامام برهان الدين أبي المعالي محمود بن صدر الشريعة ابن مازه البخاري

رحمه الله تعالى ٥٥١ هـ / ٦١٦ هـ

اعتنى بإخراجه وتقديمه

نعيم أشرف نور أحمد

المجلد السادس عشر

إدارة القرآن   المجلس العلمي

المحيط البرهاني

أول طبعة كاملة فى العالم الإسلامى

سنة ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م

إدارة القرآن والعلوم الإسلامية

* ٤٣٧ دى گاردن إيست لسبيله كراتشى ٧٤٥٥٠ باكستان
الهاتف : ٧٢١٦٣٨٨ فاكس : ٧٢٢٣٦٨٨-٠٠٩٢٢١
* اردو بازار، ايم اے جناح روڈ كراتشى تلفون : ٢٦٢٩١٥٧
* H-8/1 إستريت 3 مقابل الشفاء إنترنيشنل هاسپتل، إسلام آباد

المجلس العلمي

P. O. Box: 1, Johannesburg 2000, South Africa.
E-mail: wii@global.co.za

Al-Madina Garden
Jamshed Road # 2
Karachi 74800,
Pakistan.

At Post Simlak
Dist. Navsari
Gujrat 396415,
India.

طبع في مؤسسة نزيه كركي ـ بيروت ـ لبنان

الموزع بالمملكة مكتبة الرشد الرياض، السعودية

الفصل الثالث
فى دعوى الملك المطلق فى الأعيان

هذا الفصل يشتمل على أنواع:

النوع الأول: فى دعوى الخارج مع ذى اليد:

١٦٧٥٩- قال محمد فى "الأصل": إذا ادعى رجل دارًا فى يدى رجل آخر، وعقارًا أو منقولا، وأقاما البينة، قضى ببينة الخارج عند علمائنا الثلاثة، والجملة فى ذلك أن البينات فى الأصل وضعت للإثبات، فيطلب الترجيح أولا من حيث الإثبات، فما كان أكثر إثباتًا كانت أولى بالقبول، وبعد الاستواء فى الإثبات يقع الترجيح بحكم اليد، إذا ثبت هذا فنقول: بينة الخارج فى دعوى الملك المطلق أكثر إثباتًا من بينة ذى اليد؛ لأن الخارج ببينته يثبت زيادة استحقاق على ذى اليد، ولا يثبت ذو اليد مثل ذلك ببينته على الخارج؛ لأنه يثبت استحقاق الملك الثابت لذى اليد بظاهر اليد، وذو اليد لا يستحق ببينته مثل ذلك على الخارج، إذ ليس للخارج ملك ثابت لظاهر اليد حتى يستحق ذو اليد ذلك عليه ببينته.

وتحقيق هذا الكلام أن دعوى الملك المطلق وإن كان دعوى أولية الملك من حيث الحكم حتى يستحق المدعى الأصل بالزوائد المتصلة والمنفصلة، ويرجع الباعة بعضهم على البعض كأنه نص على أولية الملك، إلا أنه يحتمل التملك من جهة صاحب اليد من حيث الحقيقة لا النص، فإنه لم ينص على أولية الملك من حيث الحقيقة، وكل واحد من البينتين أثبت أولية الملك لصاحبها، فاستويا من هذا الوجه، إلا أن الخارج ببينته يستحق على ذى اليد الملك الثابت له بظاهر اليد؛ لأن الملك فى العين ثابت لذى اليد بظاهر اليد، والخارج ببينته يستحق عليه ذلك؛ لأن دعواه يحتمل التمليك من جهته، وذو اليد ببينته

لا يستحق على الخارج مثل ذلك، فهو معنى قولنا: ببينة الخارج أكثر إثباتًا بخلاف ما إذا وقع الدعوى فى النتاج؛ لأن هناك استوت البينتان فى الإثبات؛ لأن كل بينة أثبت أولية الملك لصاحبها، ولم يثبت استحقاقًا على الآخر باعتبار التمليك من جهته؛ لأن كل بينة نصت على أولية الملك حيث قالت: نتجت عنده، ولدت عنده، وكذلك كل واحد من الخصمين نص على أولية الملك حيث قال: نتجت عندى ولدت عندى، وهذا لا يحتمل التملك من جهة صاحبه، فاستويا فى الإثبات، فرجحتا بينة ذى اليد بحكم اليد؛ لأن يده دليل على زيادة صدقه فى دعواه بخلاف ما لو وقع الدعوى فى تلقى الملك من جهة ثالث؛ لأن هناك استوت البينتان فى الإثبات والاستحقاق؛ لأن كل بينة أثبت الملك لبائعه، والانتقال من بائعه إلى نفسه، وترجح صاحب اليد بحكم اليد، وبخلاف ما لو تنازعا فى عبد ادعى كل واحد أنه عبده دبّره، أو أعتقه، وأقاما البينة حيث يقضى ببينته صاحب اليد؛ لأن هناك الدعوى فى الحاصل فى الولاء؛ لأن العتق حاصل للعبد بتصادقهما، وقد استوت البينتان فى إثبات الولاء، وترجح بينة صاحب اليد بحكم يده.

هذا إذا لم يذكرا تاريخًا، فأما إذا ذكرا تاريخًا، إن كان تاريخهما على السواء، فكذا الجواب أنه يقضى للخارج منهما؛ لأن عند استواءهما فى التاريخ يسقط اعتبار التاريخ، وتبقى الدعوى فى الملك المطلق، وإن أرّخا وتاريخ أحدهما أسبق، فعلى قول أبى حنيفة: للتاريخ عبرة فى دعوى الملك المطلق إذا اجتمعا على التاريخ، فيقضى لأسبقهما تاريخًا إن كان أسبقهما تاريخًا الخارج فلا إشكال؛ لأنهما لو كانا فى التاريخ على السواء كان يقضى للخارج، فإذا كان هو سابقًا فى التاريخ كان أولى، وإن كان أسبقهما تاريخًا ذو اليد فلأنه أثبت الملك فى وقت سابق على وقت الخارج الخارج، ففى بينته زيادة إثبات واستحقاق من حيث الوقت إن كان فى بينة الخارج زيادة استحقاق من حيث إنه يستحق على صاحب اليد الملك الثابت له بظاهر اليد، فاستويا فى الاستحقاق من هذا الوجه، وترجح بينة صاحب اليد بحكم اليد كما فى دعوى النتاج، وعلى قول أبى يوسف الآخر وهو قول محمد أولا للتاريخ عبرة فى هذه الصورة، كما هو قول أبى حنيفة، فيقضى لأسبقهما تاريخًا، وعلى قول أبى يوسف أولا، وهو قول محمد الآخر: لا عبرة للتاريخ فى هذه الصورة، فيقضى للخارج. وما ذكر محمد فى باب

الدعوى وأحدهما وقت قبل وقت صاحبه من قوله فى هذه الصورة: إنه يقضى لأسبقهما تاريخًا، فذلك قوله الأول، أما على قوله الآخر: يقضى للخارج روى ذلك أصحاب الأمالى عن محمد.

١٦٧٦٠- وذكر فى "المنتقى": رجل ادعى عبدًا فى يدى رجل أنه له منذ شهر، وأقام على ذلك بينة، وأقام صاحب اليد بينة أنه له منذ سنة، وذكر أن صاحب اليد أولى عند أبى يوسف، وقال محمد: المدعى أولى، وما ذكر من قول أبى يوسف قوله الآخر؛ لأن للتاريخ عبرة على قوله الآخر: فى دعوى الملك المطلق، فيقضى لأسبقهما تاريخًا، وهو ذو اليد، وما ذكر من قول محمد قوله الآخر أيضًا؛ لأنه لا عبرة للتاريخ على قوله الآخر، فيقضى للخارج، وجه قول أبى يوسف الأول، وهو قول محمد الآخر: البيان أنه لا عبرة للتاريخ فى دعوى الملك المطلق حالة الاجتماع أنه اجتمع فى دعوى الملك المطلق ما يوجب باعتبار التاريخ، وما يوجب إلغاءه، أما ما يوجب إلغاءه؛ لأن دعوى مطلق الملك بمنزلة دعوى النتاج من حيث إنه دعوى أولية الملك والتاريخ فى دعوى النتاج لغوٌ حالة الاجتماع، وحالة الانفراد على ما يأتى بيانه -إن شاء الله تعالى- وأما ما يوجب اعتباره؛ لأن دعوى مطلق الملك يحتمل دعوى التملك من جهة المدعى عليه بخلاف دعوى النتاج، وهذا يوجب اعتبار التاريخ كما لو ادعى التملك من جهة المدعى عليه بالشراء صريحًا، فقد اجتمع فى دعوى الملك المطلق ما يوجب اعتبار التاريخ، وما يوجب إلغاءه، والعمل بهما متعذر، إذ لا يتصور أن يكون التاريخ معتبرًا وغير معتبر، فلابد من اعتبار أحدهما وإلغاء الآخر، فنقول: اعتبار دعوى النتاج فيه أولى من اعتبار دعوى التملك؛ لأن دعوى النتاج فى دعوى الملك المطلق ثابت من حيث الحكم حتى يستحق العين بالزوائد المتصلة والمنفصلة جميعًا، ويرجع الباعة بعضهم على بعض ودعوى التملك من جهة المدعى عليه فى دعوى الملك المطلق غير معتبر من حيث الحكم، بل هو معتبر لترجيح بينة الخارج على بينة ذى اليد، فكان دعوى النتاج أثبت من دعوى التملك، فكان اعتبار دعوى النتاج أولى، وإذا اعتبرنا دعوى الملك المطلق بدعوى النتاج يلغو فيه التاريخ كما فى دعوى النتاج.

ولأبى حنيفة وأبى يوسف آخرًا، وهو قول محمد أولا لبيان أن للتاريخ عبرة فى دعوى الملك المطلق حالة الاجتماع أنه اجتمع فى دعوى مطلق الملك ما يوجب اعتبار

التاريخ، وما يوجب إلغاءه على الوجه الذى قاله أبويوسف آخرًا ومحمد أولا إلا أن اعتباره بدعوى التملك من جهة المدعى عليه أولى؛ لأنا إذا اعتبرناه بدعوى التملك فى حق هذا الحكم أعنى به اعتبار التاريخ تبقى دعوى أولية الملك معتبرًا فى حق بعض الأحكام، وهو استحقاق الزوائد، ورجوع الباعة بعضهم على البعض، ولو اعتبرناه بدعوى النتاج فى حق هذا الحكم لا يبقى دعوى التملك معتبرًا فى حق حكم ما، فكان اعتباره بدعوى التملك فى حق اعتبار التاريخ، وأنه عمل به، وبدعوى أولية الملك من وجه أو من اعتباره بدعوى أولية الملك، وفيه إلغاء دعوى التملك من كل وجه، هذا إذا أرّخا وتاريخ أحدهما أسبق، فأما إذا أرّخ أحدهما ولم يؤرّخ الآخر، فعلى قول أبى حنيفة يقضى للخارج؛ لأنه لا عبرة للتاريخ فى دعوى الملك المطلق حالة الانفراد، فيسقط اعتبار التاريخ، ويبقى دعوى الملك المطلق، فيقضى للخارج.

وروى بشر عن أبى حنيفة: أنه يقضى للمؤرخ فى هذه الصورة، وهكذا روى الحسن فى "المجرد"، فهذه الرواية إشارة إلى أن التاريخ فى دعوى الملك المطلق حالة الانفراد يعتبر عنده، وروى ابن أبى مالك عن أبى يوسف: أن أبا حنيفة كان يقول بهذا القول يعنى كان يعتبر التأقيت حالة الانفراد، والصحيح من مذهبه، والمشهور عنه أن التاريخ حالة الانفراد فى دعوى الملك المطلق غير معتبر.

والوجه لأبى حنيفة فى ذلك: أن الذى لم يؤرّخ سابق على الذى أرّخ من وجه لاحق من وجه سابق، من حيث إن دعوى الملك المطلق دعوى أولية الملك حكمًا، فبهذا الاعتبار يكون غير المؤرّخ سابقًا على المؤرّخ، ولاحق من حيث إن دعوى الملك المطلق يحتمل دعوى التملك من جهة المدعى عليه بعد تاريخ المؤرخ، فبهذا الاعتبار يكون لاحقًا، فإذا كان غير المؤرّخ سابقًا من وجه، ولاحقًا من وجه كان المؤرّخ أيضًا سابقًا من وجه، ولاحقًا من وجه، فقد استويا فى السبق واللحوق، فيجعل كأنهما ملكًا معًا، وعند ذلك لا يمكن اعتبار معنى التاريخ، فهذا معنى قولنا: إن دعوى التاريخ حالة الانفراد ساقطة الاعتبار، بخلاف ما إذا أرّخا، وتاريخ أحدهما أسبق حيث يقضى لأسبقهما تاريخًا عنده؛ لأن أسبقهما تاريخًا سابق من كل وجه، والآخر لاحق من كل وجه.

وعلى قول أبى يوسف الآخر وهو قول محمد أولا: للتاريخ عبرة وغير المؤرّخ أسبقهما تاريخًا معنى؛ لأنه يدعى أولية الملك، فيقضى لغير المؤرخ، وعلى قول محمد آخرًا وهو قول أبى يوسف أولا لا عبرة للتاريخ، فيسقط اعتبار التاريخ ويقضى للخارج.

ومما يتصل بهذا النوع:

١٦٧٦١- إذا ادعى الخارج مع ذى اليد فى دعوى الملك المطلق فعلا، صورته ما ذكر فى آخر دعوى الأصل: إذا ادعى الخارج أنه عبده كاتبه على ألف درهم، وأقام على ذلك بينته، وأقام ذو اليد بينة أنه عبده كاتبه على ألف درهم، قال: جعلته مكاتبًا بينهما يؤدى إليهما جميعًا؛ لأن كل واحد منهما لما ادعى الكتابة، فقد تصادقا على أنه لا يد لواحد منهما عليه، وأنه فى يد نفسه، فصار مسألتنا عبد فى يد ثالثة ينازع فيه اثنان، وادعى كل واحد أنه عبده كاتبه، ولو كان هكذا يقضى بالملك بينهما، ويكون مكاتبًا لهما، كذا ههنا.

ولو ادعى أحدهما أنه دبّره وهو يملكه، وأقام على ذلك بينة، وادعى الآخر أنه كاتب وهو يملكه كانت بينة التدبير أولى؛ لأن التدبير يوجب الحرية للحال، وإنه لا يحتمل الفسخ، والكتابة لا توجب الحرية للحال، وإنها تحتمل الفسخ، فكان التدبير أولى، وكان بينته أكثر إثباتًا.

ومما يتصل بهذا النوع أيضًا:

١٦٧٦٢- إذا ادعى الخارج الملك المطلق مؤرخًا، وادعى صاحب اليد الملك بسبب الشراء مؤرخًا، صورته: دار فى يدى رجل ادعى رجل أنها داره ملكها منذ سنة، وأقام صاحب اليد بينة أنه اشتراها من فلان منذ سنتين، وهو يملكها، وقبضها منه قضى بها للمدعى الخارج؛ لأن صاحب اليد خصم عن بائعه فى إثبات الملك لتمكنه إثبات الانتقال إلى نفسه، وكان بائعه حضر، وأقام البينة على الملك المطلق لنفسه، والدار فى يده؛ لأن يد المشترى يد البائع من حيث التقدير، ولو كان كذلك كان يقضى بينة

الخارج.

نوع آخر فى
دعوى الخارجين فى الملك المطلق:

١٦٧٦٣- قال محمد: و إذا ادعى رجلان داراً أو عقاراً أو منقولا فى يدى رجل، فأقاما البينة على ما ادعيا وأرّخا تاريخهما على السواء، أو لم يؤرخا، يقضى بينهما لاستواءهما فى الدعوى والحجة، وإن أرّخا وتاريخ أحدهما أسبق، فعلى قول أبى حنيفة وهو قول أبى يوسف آخراً وهو قول محمد أولا: يقضى، لأسبقهما تاريخاً، ويكون للتاريخ عبرة، وعلى قول أبى يوسف أولا، وهو قول محمد آخراً: يقضى بينهما، ولا يكون للتاريخ عبرة، هكذا ذكر فى "الأصل".

وذكر فى "المنتقى": أنه يقضى لأسبقهما تاريخاً بلا خلاف، وإن أرّخ أحدهما، ولم يؤرخ الآخر، لم يذكر محمد هذا الفصل فى "الأصل"، وفى "النوادر" عن أبى حنيفة: يقضى بينهما؛ لأنه لا عبرة للتاريخ عنده حالة الانفراد فى دعوى الملك المطلق فى أصح الروايات، فيسقط اعتبار التاريخ، وتبقى الدعوى فى الملك المطلق، وعلى قول أبى يوسف: يقضى للذى أرّخ، وعلى قول محمد: يقضى للذى لم يؤرّخ، قالوا: وما ذكر من قول أبى يوسف رحمه الله: إنه يقضى للذى أرّخ مستقيم على قوله الآخر؛ لأن على قوله الآخر: للتاريخ عبرة فى دعوى الملك المطلق فى حالة الانفراد، كما فى حالة الاجتماع، فيكون المؤرخ أولى، وإنه مشكل على قوله الآخر، وينبغى أن يكون غير المؤرخ أولى؛ لأنه أسبقهما تاريخاً؛ لأنه يدعى أولية الملك ويؤيده إن فى فصل الخارج مع ذى اليد إذا أرّخ أحدهما، ولم يؤرخ الآخر كان غير المؤرخ أولى على قوله الآخر على ما مرّ، وما ذكر من قول محمد: إنه يقضى لغير المؤرخ إنما يستقيم على قوله أولا؛ لأن على قوله الأول: للتاريخ عبرة، واعتبار التاريخ يوجب أن يكون غيره المؤرخ هنا أولى؛ لأن غير المؤرخ سابق؛ لأنه يدعى أولية الملك، وأما على قوله الآخر يجب أن يقضى بينهما؛ لأن على قوله الآخر: لا عبرة للتاريخ حتى قال: إذا أرخا، وتاريخ أحدهما أسبق يقضى بينهما.

نوع آخر:

١٦٧٦٤- فى دعوى صاحبى اليد داراً أو منقولا فى يدى رجلين، فأقام كل واحد منهما البينة أنه له.

يجب أن يعلم بأن العقار أو المنقول إذا كان فى يدى رجلين، يجعل فى يدى كل واحد منهما نصفه، ويجعل كل واحد منهما مدعيًا فيما فى يدى صاحبه مدعيًا عليه فيما فى يديه، فإذا أقاما البينة على ما ادعيا إن لم يؤرخا، أو أرخا، وتاريخهما على السواء يقضى بينهما نصفان.

وفى "الأصل" يقول محمد: يقضى بكل واحد منهما بما فى يد صاحبه، وهذا إشارة إلى أن هذه البينة وقعت معتبرة، فإنه قال: قضى لكل واحد منهما بما فى يد صاحبه، والمشايخ اختلفوا فى هذه البينة على قولين، بعضهم قالوا: هذه البينة وقعت لغوًا؛ لأنها لا تفيد؛ لأنها لا توجب الملك بينهما إلا نصفان، والملك بينهما نصفان ثابت بحكم يديهما، وبعضهم قالوا: لا، بل هذه البينة وقعت معتبرة؛ لأن قبل هذه البينة يترك الدار فى أيديهما قضاء ترك، وبعد هذه البينة يترك الدار فى أيديهما قضاء استحقاق بالبينة، فإن كل واحد منهما يصير مقضيًا عليه، فيما كان فى يديه ببينة صاحبه حتى إن بعد ما قضى القاضى بالدار بينهما نصفان لو ادعى أحدهما على صاحبه النصف الذى صار لصاحبه، لا يسمع دعواه؛ لأنه صار مقضيًا عليه فى ذلك النصف.

وإن أرخا، وتاريخ أحدهما أسبق، فعلى قول أبى حنيفة وهو قول أبى يوسف آخرًا، وهو قول محمد أولا: للتاريخ عبرة، فيقضى لأسبقهما تاريخًا، وعلى قول محمد آخرًا، وهو قول أبى يوسف أولا لا عبرة للتاريخ، فيقضى به بينهما، وإن أرّخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر، فعلى قول أبى حنيفة: لا عبرة للتاريخ، فيقضى به بينهما، وكذلك عندهما على القول الذى لا يعتبران التاريخ، وعلى القول الذى يعتبران التاريخ يقضى للمؤرخ عند أبى يوسف، ولغير المؤرخ عند محمد؛ لأن غير المؤرخ أسبقهما تاريخًا معنى.

نوع آخر فى دعوى الخارجين كل واحد منهما يدعى فعلا على صاحبه من غصب أو إجارة أو إعارة مع دعوى الملك المطلق وفى دعوى أحدهما ذلك الفعل على صاحبه:

والحكم فيه أنه إذا ادعى كل واحد منهما على صاحبه فعلا مع دعوى الملك المطلق بأن ادعى أن صاحبه غصبه منه، أو ادعى أنه أعاره منه، أو أودعه منه، فإنه يقضى بالعين بينهما لاستواءهما فى الدعوى والحجة، وإن ادعى أحدهما فعلا على صاحبه مما ذكرنا وصاحبه ادعى الملك لا غير، يقضى ببينة مدعى الفعل؛ لأن بينته أكثر إثباتًا، والدار إذا كانت فى يدى رجلين، يجعل فى يد كل واحد منهما نصف الدار لاستواءهما فى اليد على الدار، لم يجعل كل نصف من الدار بمنزلة دار على حدة؛ لأن حكم كل نصف يخالف حكم النصف الآخر؛ لأن كل واحد منهما خارج فيما فى يد صاحبه صاحب يد فيما فى يده، وحكم الخارج يخالف حكم ذى اليد فى الدعوى وإقامة البينة.

جئنا إلى المسائل، قال محمد فى "الجامع": وإذا كانت الدار فى يدى رجلين أقام كل واحد منهما بينة أن الدار له، وأقام أجنبى بينة أن الدار له، فإن للرجل الأجنبى نصفها، ولكل واحد من صاحبى اليد ربعها؛ لأن فى يد كل واحد من صاحبى اليد نصف الدار، وكل نصف بمنزلة دار على حدة، فيسمى أحد صاحبى اليد أكبر، ويسمى الآخر أصغر تسهيلا للتخريج، فنقول: فى يد الأصغر نصف الدار ينازع فيه الأصغر والأكبر والأجنبى، وأقاموا البينة وبينة الأصغر فيه غير مقبول؛ لكونه صاحب يد فيه، فخرج هو من البين بقى بينة الأجنبىّ والأكبر، وهما مقبولتان؛ لكونهما خارجين من هذا النصف، وقد استويا فى الدعوى؛ لأن كل واحد يدعى جميعه، واستويا فى الحجة، فيقضى بذلك بينهما، وفى يد الأكبر نصف الدار أيضًا ينازع فيه الأكبر والأصغر والأجنبى وبينة الأكبر غير مقبولة فيه، وبينة الأصغر والأجنبىّ مقبولتان، فيقضى بذلك النصف بين الأجنبىّ والأصغر، فحصل للأجنبى نصف كل واحد من النصفين، وكان له النصف كملا، وحصل لكل واحد من صاحبى اليد نصف النصف الذى فى يد صاحبه، فكان لكل واحد ربع الدار.

ولو أن الأجنبى ادعى على أحد صاحبى اليد بعينه أنه غصب هذه الدار منه،

وباقى المسألة بحالها كان ثلاثة أرباع الدار للأجنبى، وربعها للذى لم يدع عليه الغصب، وخرج المدعى عليه الغصب من البين حتى لو كان دعوى الغصب على الأكبر، لا يكون للأكبر شيء من الدار، ويكون للأجنبى ثلاثة أرباع الدار، وإنما كان كذلك لأن النصف الذى فى يد الأكبر بينة الأكبر فيه غير مقبولة، وبينة الأصغر والأجنبى فيه مقبولتان، وقد استويا فى الدعوى، وكذلك استويا فى الحجة؛ لأن كل واحد منهما يدعيه ملكًا مطلقًا من غير دعوى الفعل على صاحبه، فيقضى بذلك بينهما، وأما النصف الذى فى يد الأصغر فبينة الأصغر فيه غير مقبولة، وكذلك بينة الأكبر فيه غير مقبولة؛ لأن الأكبر مع الأجنبى خارجان فى ذلك النصف، وقد ادعى الأجنبى على الأكبر فيه فعلا، وهو الغصب، وفى مثل هذا يقبل بينة مدعى الفعل، ولا يقبل بينة المدعى عليه الفعل، فيقضى بهذا النصف للأجنبى بكماله، وقد أصابه نصف النصف الآخر، وصار له ثلاثة أرباع الدار من هذا الوجه.

١٦٧٦٥- وفى "الجامع" أيضًا: رجل فى يديه دار أقام رجل عليه بينة أنها داره، وأقام رجل آخر البينة أنها داره غصبها منه هذا المدعى الآخر، فإنه يقضى بالدار للمشهود له بالغصب؛ لأنهما خارجان تنازعا فى الملك المطلق، وادعى أحدهما الفعل وهو الغصب على صاحبه، وكذلك لو كان مكان دعوى الغصب دعوى الإيداع.

١٦٧٦٦- ولو أن رجلين فى أيديهما دار، أقام رجل أجنبى بينة أنها داره غصبها منه هذا الأكبر، وأقام الأكبر بينة أنها داره غصبها منه هذا الأجنبى، وأقام الأصغر بينة أنها داره، ولم يثبت غصبًا على أحد، فإنه يقضى بنصف الدار للأجنبى نصف ذلك مما فى يد الأصغر، ونصف ذلك مما فى يد الأكبر، والنصف الآخر من الدار بين الأصغر وبين الأكبر نصفان؛ لأن الأكبر مع الأجنبى استويا فى دعوى ما فى يد الأصغر وفى الحجة؛ لأن كل واحد منهما ادعى الغصب على صاحبه فيه، وهما خارجان فيه، فيقضى بما فى يد الأصغر بينهما، والأصغر مع الأجنبى استويا فى دعوى ما فى يد الأكبر، وفى الحجة أيضًا؛ لأن كل واحد منهما لم يدع الغصب على صاحبه، فيقضى بذلك بينهما نصفان أيضًا، فحصل للأجنبى نصف ما كان فى يد كل واحد منهما، فيكون لكل واحد منهما ربع الدار، وصارت هذه المسألة والمسألة الأولى سواء.

ولو أقام الأجنبى بينة أنها داره غصبها منه هذا الأكبر، وأقام الأكبر بينة أنها داره غصبها منه هذا الأصغر، وأقام الأصغر بينة أنها داره ولم يدّع هو الغصب على أحد، ذكر أنه يقضى للأجنبى بثلاثة أرباع الدار، وللأصغر بربع الدار نصف ما فى يد الأكبر، ولا يقضى للأكبر بشيء؛ لأن ما فى يد الأكبر استوى فيه دعوى الأصغر ودعوى الأجنبى؛ لأنهما خارجان فيه ادعيا الملك من غير دعوى الغصب على صاحبه، فاستويا فيه دعوى وحجة، فيقضى بذلك بينهما، وما فى يد الأصغر بطل فيه دعوى الأكبر ببينة الأجنبى على الأكبر؛ لأن الأجنبى ادعى الغصب فيه على الأكبر، والأكبر لم يدّع على الأجنبى مثل ذلك؛ لأن الأكبر يدعى الغصب على الأصغر دون الأجنبى، فيقضى بذلك للأجنبى.

قال: وليس للأكبر أن يأخذ ما أخذ الأصغر منه، بأن يقول للأصغر: أثبت أنا عليك غصب جميع الدار؛ لأن من حجة الأصغر أن يقول للأكبر: إنما أثبت الغصب على ما فى يدى لا فيما يدك؛ لأنى لا أكون غاصبًا لما فى يدك، وما كنت غاصبًا فيه قد أخذنى بقضاء، وما فى يدى الآن فإنما أخذته منك أيها[1] الأكبر وأنت ما أثبتت الغصب علىّ فى ذلك.

ولو أقام الأجنبى بينة أنها دارى غصبها منى هذا الأكبر، وأقام الأكبر بينة أنها دارى غصبها منى هذا الأصغر، وأقام الأصغر بينة أنها دارى غصبها منى هذا الأجنبى، قال: يقضى للأجنبى بالنصف الذى فى يد الأصغر، ويقضى للأصغر بالنصف الذى فى يد الأكبر، وخرج الأكبر من البين؛ لأن ما فى يد الأكبر بطل دعوى الأجنبى فيه بدعوى الأصغر الغصب على الأجنبى، وإقامة البينة عليه، فصار كأن الأجنبى لم يدّعه، فيقضى به للأصغر، وما فى يد الأصغر بطل دعوى الأكبر فيه بدعوى الأجنبى الغصب على الأكبر، وإقامة البينة عليه، فكان الأكبر لم يدّعه، فيقضى به للأجنبى.

ولو أقام الأجنبى بينة أنها دارى غصبها منى هذا الأكبر، وأقام الأكبر بينة أنها دارى غصبها منى هذا الأجنبى به، وأقام الأصغر بينة أنها دارى، غصبها منى هذا الأجنبى، فإنه يقضى للأصغر بالنصف الذى فى يد الأكبر؛ لأن دعوى الأجنبى قد بطل

---

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وف وم: "أنا".

فيه بدعوى الأصغر الغصب فيه على الأجنبى، وإقامة البينة على ذلك، ويقضى بالنصف الذى كان فى يد الأصغر بين الأكبر والأجنبى نصفان؛ لأنه استوى فيه دعوى الأكبر والأجنبى؛ لأن كل واحد منهما ادعى الملك فيه لنفسه، وادعى الغصب فيه على صاحبه، فيقضى بينهما.

ولو أقام الأكبر بينة أنها دارى غصبها منى هذا الأصغر، وأقام الأصغر بينة أنها دارى، غصبها منى هذا الأكبر، وأقام الأجنبى بينة أنها دارى غصبها منى هذا الأكبر والأصغر، فللأجنبى نصف الدار، والنصف الآخر بين الأكبر والأصغر نصفان.

حكى عن القاضى الإمام أبى عاصم العامرى: أنه قال: ما ذكر من الجواب غلط وقع من الكاتب، وينبغى أن يقضى بجميع الدار للأجنبى؛ لأن الأجنبى أبطل دعوى كل واحد منهما وبينته بإثبات الغصب عليهما، وواحد منهما لم يبطل دعوى الأجنبى وبينته؛ لأنه لم يثبت الغصب عليه، فيبطل دعواهما وبينتهما، وبقى الأجنبى وبينته، فيقضى بجميع الدار للأجنبى من هذا الوجه.

وعامة المشايخ على أن ما ذكر فى الكتاب صحيح، ووجه ذلك أن الأجنبى لما ادعى الغصب عليهما كان مدعيًا على كل واحد منهما؛ لأنه يدعى الغصب فيه على صاحبه، أما الأكبر فظاهر، وأما الأجنبى فلأنه لا يدعى الغصب على الأكبر فيما فى يد الأصغر، إنما يدعى الغصب فيه على الأصغر، فيقضى بذلك النصف بين الأكبر والأجنبى نصفان، وأما النصف الذى فى يد الأكبر تنازع فيه الأصغر والأجنبى، وقد استويا فيه دعوى وحجة؛ لأن كل واحد منهما لا يدعى الغصب فيه على صاحبه على نحو ما بينا فى طرف الأصغر، فيقضى بذلك النصف بين الأجنبى والأصغر نصفان، فحصل للأجنبى نصف الدار ولصاحبى اليد نصف الدار من هذا الوجه، وكان ما ذكر فى الكتاب صحيحًا -والله أعلم-.

الفصل الرابع
فى دعوى الملك فى الأعيان بسبب نحو الشراء والميراث والهبة، وما أشبه ذلك

فنقول: هذا الفصل يشتمل على أنواع أيضًا: الأول: فى دعوى الخارجين، وإنه على وجهين: إما أن يدعيا تلقى الملك من جهة اثنين، أو من جهة واحد.

١٦٧٦٧- صورة ما إذا ادعيا تلقى الملك من جهة اثنين، قال محمد فى "الأصل": دار فى يدى رجل ادعاها رجلان، كل واحد يدعى أنها داره ورثها من أبيه فلان، وأقاما على ذلك بينة، فإن لم يؤرّخا أو أرّخا وتاريخهما على السواء، بأن قال كل واحد منهما مثلا: مات أبى منذ سنة، وترك هذه الدار ميراثًا لى، فإنه يقضى بالدار بينهما؛ لأن كل واحد منهما يثبت الملك لمورّثه فى الدار أولا، ثم يثبت الانتقال من مورّثه إلى نفسه، فكان مورّثهما حضرا، وادعيا ملكًا مطلقًا لأنفسهما، والعين فى يد الثالث، وهناك يقضى بالعين بينهما نصفان، فههنا كذلك.

وإن أرّخا وتاريخ أحدهما أسبق بأن أقام أحدهما بينة أن أباه مات منذ سنة، وتركها ميراثًا له، وأقام الآخر بينة أن أباه مات منذ سنتين، وتركها ميراثًا له، وفى هذا الوجه على قول أبى حنيفة آخرًا على ما ذكر فى "المنتقى"، وهو قول أبى يوسف آخرًا على ما ذكره فى "الأصل"، وهو قول محمد أولا على ما رواه ابن سماعة عنه: يقضى لأسبقهما تاريخًا؛ لأن للتاريخ عبرة على هذه الأقاويل، وأسبقهما تاريخًا أثبت الملك لنفسه فى وقت لا مزاحم له فيه، فيكون هو أولى، كما إذا ادعيا الشراء من اثنين، وأقاما البينة، وأرخا وتاريخ أحدهما أسبق، وهناك يقضى لأسبقهما تاريخًا بلا خلاف، وطريقه ما قلنا.

وعلى قول محمد آخرًا وهو قول أبى يوسف أولا: يقضى بينهما؛ لأن كل واحد من الوارثين يثبت الملك لمورثه أولا، ثم يثبت الانتقال من مورثه إلى نفسه، ولا تاريخ

فى ملك المورثين، فكان المورثين حضرا، وادعيا الملك لأنفسهما من غير تاريخ، وهناك يقضى بينهما حتى لو أرخا ملك المورثين وتاريخ ملك أحدهما أسبق، كان هو أولى من الآخر، هكذا رواه هشام عن محمد، وأما إذا ادعيا الشراء من رجلين، وأرخا الشراء، وتاريخ أحدهما أسبق، فقد روى عن محمد أنهما إذا لم يؤرخا ملك البائعين يقضى بينهما نصفان، كما فى فصل الميراث، فعلى هذه الرواية : لا يحتاج محمد إلى الفرق بين الشراء وبين الميراث، وفى ظاهر رواية محمد فى فصل الشراء : يقضى لأسبقهما تاريخًا، فعلى ظاهر الرواية : محمد يحتاج إلى الفرق بين فصل الميراث وفصل الشراء.

والفرق : وهو أن ملك المشترى حادث يثبت بسبب حادث وهو الشراء، فكل واحد من المشتريين يثبت لنفسه ملكًا حادثًا لا تعلق له بملك البائع، فمن أثبت لنفسه الملك فى وقت لاينازعه فيه أحد، كان هو أولى، فأما ملك الوارث فهو ليس بملك جديد، بل هو عين ما كان ثابتًا للمورث؛ لأن الوراثة عقد خلافة، ولا تاريخ فى ملك المورثين، فلهذا افترقا.

وإن أرّخ أحدهما ولم يؤرّخ الآخر، لم يذكر محمد هذا الفصل فى "الأصل"، وذكر صاحب الأقضية عن بشر أن على قول أبى حنيفة وأبى يوسف : يقضى للمؤرخ، وذكر شيخ الإسلام خواهر زاده رحمه الله أن على قول أبى حنيفة رحمه الله : يقضى بينهما نصفين، وعلى قول أبى يوسف رحمه الله : يقضى للمؤرخ، وعلى قول محمد : يقضى لغير المؤرخ، وذكر شمس الأئمة السرخسى : أنه يقضى بالدار بينهما نصفان بالاتفاق، هكذا ذكر الطحاوى، فما ذكر فى الأقضية من قول أبى حنيفة إشارة إلى أن للتاريخ عبرة عنده حالة الانفراد فى دعوى تلقى الملك من جهة اثنين، وهذا قوله الأول، ثم رجع، وقال : لا عبرة للتاريخ فى دعوى تلقى الملك من جهة اثنين حالة الانفراد.

وما ذكر شيخ الإسلام من قول أبى حنيفة قوله الآخر؛ لأن على قوله الآخر : التاريخ حالة الانفراد ساقط الاعتبار فى هذه الصورة، فصار ذكره والعدم بمنزلة، أو نقول : كل واحد منهما يثبت الملك لمورثه، ثم يثبت الانتقال من مورثه ولا تاريخ فى ملك المورثين، فكأنهما حضرا، وادعيا الملك لأنفسهما مطلقًا، وهناك يقضى بينهما،

كذا ههنا، وما ذكر شيخ الإسلام من قول أبى يوسف مستقيم على قوله الآخر؛ لأن على قوله الآخر: للتاريخ عبرة، فيكون المؤرخ أولى، أما لا يستقيم على قوله الأول؛ لأن على قوله الأول: لا عبرة للتاريخ، فيقضى بينهما كما رواه بشر.

وما ذكر شيخ الإسلام من قول محمد: أنه يقضى لغير المؤرّخ مستقيم على قوله الأول؛ لأنه على قوله الأول: للتاريخ عبرة وغير المؤرخ أسبقهما تاريخًا معنى؛ لأنه يدعى الملك المطلق بطريق الخلافة عن الميت، ودعوى الملك المطلق دعوى الملك من الأصل. وما ذكر شمس الأئمة السرخسى أنه يقضى بينهما بالاتفاق أراد به الاتفاق بين أبى حنيفة ومحمد على قول أبى حنيفة آخرًا؛ لأن على قول أبى حنيفة آخرًا: لا عبرة للتاريخ حالة الانفراد فى هذه الصورة، فصار ذكره كلا ذكر، وعلى قول محمد: التاريخ فى ملك الوارثين؛ لأن فى ملك المورثين وكل واحد من الوارثين يثبت الملك لمورثه أولا، ثم يثبت الانتقال من مورثه إلى نفسه، فكان المورثين حضرا، وادعيا لأنفسهما ملكًا مطلقًا، وهناك يقضى بالدار بينهما، فههنا كذلك.

وإذا ادعيا الشراء من اثنين، والدار فى يد الثالث، فإن لم يؤرخا أو أرخا، وتاريخهما على السواء، قضى بالدار بينهما، وإن أرخا وتاريخ أحدهما أسبق، فهو على الاختلاف الذى ذكرنا فى الميراث، وإن أرخ أحدهما، ولم يؤرخ الآخر، فهو على ما ذكرنا من الميراث أيضًا.

صورة ما إذا ادعى الخارجان تلقى الملك من جهة واحد: دار فى يدى رجل ادعاها رجلان كل واحد منهما يدعى أنه اشتراها من صاحب اليد بكذا، فإن أرخا وتاريخهما على السواء، أو لم يؤرخا، فالدار بينهما نصفان؛ لأنهما استويا فى الدعوى والحجة، ويتخير كل واحد منهما؛ لأن كل واحد منهما أثبت شراء جميع الدار لنفسه، ولم يسلم لكل واحد منهما إلا النصف، فيخير كل واحد منهما إن شاء أخذ نصفها بنصف الثمن الذى سماه شهوده، وإن شاء ترك، فإن رضى أحدهما وأبى الآخر، وذلك بعد ما خيرهما القاضى، وقضى لكل واحد منهما بالنصف، فليس للذى رضى به إلا النصف؛ لأن القاضى حين خيّرهما، وقضى لكل واحد منهما بالنصف فقد فسخ بيع كل واحد منهما فى النصف، فلا يعود بيع أحدهما بعد ذلك بترك صاحبه المزاحمة معه،

قال : إلا أن يكون ترك المنازعة قبل أن يقضى القاضى بشيء ، فحينئذٍ تكون الدار للآخر بجميع الثمن .

وإن أرّخا وتاريخ أحدهما أسبق ، فالسابق أولى ؛ لأنه أثبت شراءه فى وقت لا ينازعه فيه أحد ، فثبت شراءه من ذلك الوقت ، وتبين أن الآخر اشتراها من غير المالك ، وإن أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر ، فالمؤرخ أولى ، قيل : إنما جعلنا المؤرخ أولى تقليلا لنقض ما هو ثابت .

بيانه : أنه متى جعلنا المؤرخ أولى ، فقد نقضنا شراء الآخر لا غير ؛ لأنه لم يثبت ببينته إلا الشراء ، ومتى قضينا للذى لا تاريخ له نقضنا على صاحب التاريخ شراءه وتاريخه بعد ما ثبت الأمران بالبينة ، وتقليل نقض ما هو ثابت أولى من تكثيره . وقيل : إنما جعلنا المؤرّخ أولى ؛ لأنه أثبت الشراء فى وقت لا منازع له فيه .

صورة ما إذا ادعى الخارجان تلقى الملك من واحد آخر : رجل فى يديه دار ، جاء رجل ، وادعى أنه اشترى هذه الدار من فلان بكذا ، سمى رجلا آخر ، وجاء رجل آخر ، وادعى أنه اشترى هذ الدار من فلان ذلك بعينه ، فإن لم يؤرخا أو أرخا ، وتاريخهما على السواء ، يقضى بالدار بينهما ، وإن أرخا وتاريخ أحدهما أسبق ، يقضى لأسبقهما تاريخًا ، وإن أرخ أحدهما ، ولم يؤرّخ الآخر ، فالمؤرّخ أولى ؛ لما قلنا .

١٦٧٦٨- ومن هذا الجنس مسائل ذكرها فى "الزيادات" ، وصورتها : رجل فى يديه دار وعبد ، جاء رجلان ، وادعى كل واحد منهما أنه اشترى هذه الدار بهذا العبد من صاحب اليد ، وأقاما البينة ، فالقاضى يخيّرهما إن شاء أخذ الدار بينهما وإن شاء أخذ العبد بينهما أيضًا ، وإن شاء ، تركا الدار ، وأخذ العبد بينهما ، وغرم صاحب اليد قيمة العبد بينهما ، أما القضاء بالدار بينهما ؛ لأنهما استويا فى سبب الاستحقاق ، وهو الدعوى والشهادة ، والمشهود به قابل للشركة ، فوجب القضاء بينهما ، وأما الخيار فلأنا إذا قضينا بالدار بينهما ، فقد تفرقت الصفقة على كل واحد منهما ؛ لأن كل واحد منهما أثبت شراء كل الدار ، ولم يسلم لكل واحد منهما إلا النصف ، وهذا تفرق حصل قبل التمام ؛ لأنه حصل قبل القبض ، فيوجب الخيار ، فإن اختارا أخذ الدار ، أخذا الدار بينهما ؛ لما مر ، وأخذا العبد بينهما أيضًا ؛ لأن كل واحد منهما أثبت شراء كل الدار بكل

العبد ، ولم يسلم لكل واحد منهما إلا نصف الدار ، فكان لكل واحد أن يأخذ نصف العبد . وإن اختارا ترك الدار أخذا العبد لكون العبد بدلا عن الدار ، ويكون العبد بينهما لاستواءهما فى الحجة فى العبد ، وغرم صاحب اليد قيمة العبد بينهما ؛ لأن كل واحد منهما سلّم جميع العبد ثمنًا إلى صاحب اليد ، ثبت ذلك ببينة كل واحد منهما ، فعند الفسخ يستحق كل واحد منهما جميع العبد ، وقد عجز صاحب اليد عن تسليم جميع العبد إلى كل واحد منهما ، فيغرم قيمة العبد بينهما ؛ ليسلم لكل واحد منهما جميع العبد معنى .

فإن قيل : كيف يغرم صاحب اليد قيمة العبد بينهما ، وإنه صار مشتريًا من كل واحد منهما كل العبد بالدار ، وقد استحق عليه نصف ما اشترى من كل واحد منهما حين قضى به لصاحبه ، واستحقاق المشترى من يد المشترى يمنع وجوب القيمة عليه عند الفسخ .

قلنا : نعم ، ولكن هذا الاستحقاق ثبت بحكم إقراره ؛ لأن كل واحد من المدعيين ببينته أثبت إقرار صاحب اليد بملك العبد له حين اشتراه منه بالدار ، واستحقاق المشترى من يد المشترى بإقراره يقتصر عليه ، ولا يتعدى إلى غيره ، وإذا لم يثبت الاستحقاق فى حق كل واحد منهما رجع كل واحد منهما عند الفسخ بقيمة ما عجز عن تسليمه .

١٦٧٦٩- وإن كانت الدار فى أيدى المدعيين ، والباقى بحاله ، فكذلك الجواب يثبت الخيار لكل واحد منهما ، وإن تفرقت الصفقة على واحد منهما بعد التمام بالقبض ، إلا أن هذا التفريق أوجب عيبًا فى الباقى ؛ لأن الشركة فى الأعيان عيب ، والعيب يوجب الخيار .

١٦٧٧٠- وإن كانت الدار فى يد أحد المدعيين ، والباقى بحاله ، قضى بالدار لصاحب اليد ؛ لأن شراءه أسبق ؛ لأن القبض يدل على سبق الشراء ؛ لأن الإنسان إنما يتمكن من القبض فى وقت لا منازع له فيه ، ولأن سببه أقوى ؛ لأن سببه شراء اتصل به القبض ، وبالقبض يتأكد الشراء والقضاء بالمؤكد أولى ، ولأن صاحب اليد يحتاج إلى إثبات الاستحقاق على المدعى عليه لاغير ، وفى بينته ما يوجب ذلك ، فأما الخارج فإنه يحتاج إلى إثبات الاستحقاق على المدعى عليه وعلى ذى اليد لينقض قبضه ، وليس فى

بينته ما يوجب الاستحقاق على ذى اليد؛ لأن ذلك إنما يكون بسبق شراءه، ولم يثبت ذلك ببينته، ولا يكون له الخيار؛ لأنه سلم له جميع ما اشترى، ويكون كل العبد للآخر؛ لأنه أثبت تسليم كل العبد إليه ثمن الدار، ولم يسلم له شيء من الدار، فيرجع عليه بجميع العبد.

١٦٧٧١- ولو قال المدعى عليه لصاحب اليد: إن عوض الدار لم يسلم لى، بل استحق ببينة الخصم الآخر، فأنا أرجع عليه بالدار، لا يلتفت إليه؛ لأن العبد استحق بما ليس بحجة فى حق صاحب اليد لترجيح بينة صاحب اليد على بينة الآخر، فلم يظهر الاستحقاق فى حق صاحب اليد، وصار كما لو استحق عليه بإقراره، وهو نظير كافر باع داره من مسلم بعبد، واستحق العبد من يد بائع الدار ببينة كافرة، لا يرجع على المسلم بشيء، وإنما لا يرجع؛ لما قلنا.

١٦٧٧٢- هذا إذا ادعيا الشراء مطلقًا، فأما إذا ادعيا الشراء مؤرّخًا، وأقاما البينة على ذلك، وتاريخ أحدهما أسبق، قضى لأسبقهما تاريخًا، سواء كانت الدار فى يد المدعى عليه أو فى أيديهما، أو فى يد أحدهما لأيهما كان؛ لأنه أثبت شراءه فى وقت لا منازع له فيه، فيثبت شراءه من ذلك الوقت، ومن ضرورة ثبوت شراءه من ذلك الوقت بطلان شراء الآخر، وبطلان قبضه بعده، ويقضى بالعبد للآخر؛ لما قلنا: قبل هذا.

وإن أرّخ أحدهما، ولم يؤرخ الآخر، إن كانت الدار فى يد المدعى عليه، يقضى بالدار للذى أرّخ؛ لأن الشراء أمر حادث، فيحال مطلقه على أقرب الأوقات، والذى لم يؤرّخ أثبت شراءه للحال، ولهذا لا يستحق شيئًا من الزيادة المتولدة من المبيع قبل هذا، والمؤرخ سابق عليه، ألا ترى أنه يستحق الزيادة المتولدة من وقت التاريخ، فكان أولى لهذا، بخلاف دعوى الملك المطلق من اثنين على ثالث، والعبد فى يد الثالث إذا أرّخ أحدهما فيه دون الآخر، حيث كانا على السواء على قول أبى حنيفة على أصح الروايات عنه؛ لأن هناك ملك المؤرخ ثبت من وقت التاريخ بلا شبهة، وملك الآخر ثبت من الأصل مع الاحتمال، فيحتمل التقدم على المؤرخ، والتأخر عنه، فيجعل مساويًا.

١٦٧٧٣- أما فى دعوى الشراء من الواحد أقرا بالملك للبائع، والملك إذا ثبت

يبقى إلى أن يوجد الناقل، فالمؤرخ أثبت النقل فى زمان لا يزاحمه غيره فيه بيقين، وفى نقل الآخر احتمال، والمحتمل لا يعارض المتيقن، أما فى الملك المطلق بخلافه على ما مرّ، وإذا قضينا بالدار للمؤرخ، قضينا بالعبد للآخر على ما مر، ولا خيار لواحد منهما؛ لأن موجب الشراء سلّم لأحدهما، وموجب الفسخ سلم للآخر، فانعدم الموجب للخيار.

وإن كانت الدار فى يد الذى لم يؤرخ شهوده، والباقى بحاله، يقضى بالدار للذى لم يوقت؛ لأن تاريخ المؤرخ إن دلّ على سبق شراءه على نحو ما بينا فقبض الذى لم يؤرخ يدل على سبق شراءه من حيث إن الإنسان إنما يتمكن من القبض فى وقت لا منازع له فيه، فتعارضا، إلا أن دليل السبق فى حق الذى لم يؤرخ القبض، وأنه معاين، وفى حق المؤرخ التاريخ وإنه مخبّر فيه، وليس الخبر كالمعاينة.

ولو استوى الدليلان، لا يجوز نقض قبض صاحب اليد بالشك، فكيف إذا ترجح دليل صاحب اليد، ولأن القبض يؤثر فى الشراء تأكيداً له، والتاريخ لا يؤثر، والترجيح بالمؤثر أولى من الترجيح بغير المؤثر، وكذلك إذا كان للذى لم يؤرخ قبضًا مشهوداً به، كان هو أولى؛ لأن قبضه ثبت بالبينة، والثابت بالبينة كالثابت عيانًا، ولو عاينا قبضه كان هو أولى، فههنا كذلك.

١٦٧٧٤ - وإن شهد شهود الذى لم يؤرخ على إقرار البائع بالشراء والقبض، قضى لصاحب التاريخ؛ لأن الثابت بالبينة ههنا إقرار البائع بالقبض، لا نفس القبض، فصار كأنا عاينا إقرار البائع بذلك، ولو عاينا إقرار البائع بذلك لا يصدق فى حق صاحب التاريخ، فههنا كذلك. والفقه فى ذلك أن الاحتمال فى بينة صاحب الوقت من وجهين من حيث إنهم صدقة أو كذبة، ومن حيث إن عقده يحتمل أن يكون سابقًا أو لاحقًا، والاحتمال فى بينة صاحب الإقرار من وجوه ثلاثة، من حيث إنهم صدقة أو كذبة، ومن حيث إن بائعه صادق فى إقراره أو كاذب فى إقراره، ومن حيث إن عقده يحتمل أن يكون سابقًا، ويحتمل أن يكون لاحقًا، فكان القضاء ببينة صاحب الوقت أولى.

١٦٧٧٥ - ولو كان لأحدهما قبض مشهود به، وللآخر قبض معاين، فالذى له

قبض معاين أولى، لرجحان العيان على الخبر، وإن شهد شهود كل واحد منهما على الشراء والقبض معاينة، أو على إقرار البائع بالقبض، وأرّخ أحدهما، ولم يؤرخ الآخر، إن كانت الدار في يد البائع، فصاحب التاريخ أولى، وإن كانت الدار في يدى الذى لم يؤرّخ شهوده، فهو أولى بحكم القبض المعاين، وإن كانت الدار في يد المشترى، وأقاما البينة على الشراء، والقبض معاين، أو على إقرار البائع بالقبض، وأرّخ شهود أحدهما دون الآخر، قضى بالدار بينهما نصفين، والعبد لهما أيضًا، أما القضاء بالدار بينهما فلأن في يد كل واحد منهما نصف الدار، فالنصف الذى في يد صاحب التاريخ له فيه تاريخ وقبض معاين، وليس للآخر في ذلك شيء، فصار هو أولى به، والنصف الذى في يد غير صاحب التاريخ له فيه تاريخ وقبض معاين، وليس للآخر فيه إلا التاريخ، فصار صاحب القبض أولى. وأما العبد لهما؛ لأن كل واحد منهما أثبت على المدعى عليه شراء جميع الدار بالعبد، ولم يسلم له إلا نصف الدار، وكان له الرجوع في نصف العبد، فلذلك صار العبد لهما أيضًا، ويخيّران أيضًا لعيب الشركة.

١٦٧٧٦- قال محمد رحمه الله عقيب هذه المسائل: وتاريخ القبض في هذا بمنزلة تاريخ الشراء، حتى لو كانت الدار في يد البائع، وشهد شهود كل واحد من المدعيين على الشراء والقبض، وأرّخوا القبض دون الشراء، وتاريخ أحدهما أسبق، بأن شهد شهود أحدهما أنه اشترى هذه الدار بهذا العبد، وقبضها منذ عشرة أيام، كان صاحب القبض السابق أولى؛ لأن سبق التاريخ في القبض دليل سبق التاريخ في العقد، ولأن العقد متى ثبت بالبينة، وهناك قبض يجعل القبض عن العقد، وكان سبق التاريخ في القبض دليلا على سبق التاريخ في العقد، وسبق التاريخ في الشراء يوجب الترجيح، فكذا سبق التاريخ في القبض.

وكذلك إذا كانت الدار في يد صاحب الوقت اللاحق قضى بها لصاحب الوقت السابق لما قلنا: في الشراء وإن أرّخ أحدهما في القبض دون الآخر، والدار في يدى البائع، قضى لصاحب التاريخ، وإن كانت الدار في يدى الذى لم يؤرخ، فهو أولى؛ لما قلنا: في الشراء.

هذا كله إذا كان العبد في يدي المدعى عليه، فأما إذا كان العبد في يد المدعيين، والدار في يدي المدعى عليه، والباقي بحاله، فالدار بينهما، والعبد بينهما، ويخيران لما مر، فإن أمضيا العقد، فالدار بينهما لما مر.

فإن قيل: ينبغي أن يؤمرا بتسليم العبد إلى المدعى عليه؛ لأن موضوع المسألة فيما إذا كان العبد في يد المدعيين، فلم يسلما إلى المدعى عليه، وقد سلم لكل واحد منهما من المدعيين نصف الدار من جهة المدعى عليه، فينبغي أن يسلم له من جهة كل واحد من المدعيين نصف العبد. قلنا: إنما لم يؤمرا بتسليم العبد إلى المدعى عليه لأنهما لو أمرا به ثبت لهما حق الاسترداد من ساعته، فلا يفيد الأمر بالتسليم.

بيانه: أن كل واحد منهما أثبت ببينته أن المدعى عليه، صار مشتريًا جميع العبد بكل الدار، فلو أمرا بتسليم العبد إليه صار بائع الدار قابضًا من كل واحد منهما جميع العبد بجهة الشراء؛ لأن المشترى إذا وصل إلى المشترى بأى طريق ما وصل، يعتبر واصلا من جهة الشراء، ولم يسلم لكل واحد منهما من جهته إلا نصف الدار، فكان لكل واحد منهما حق الرجوع عليه من العبد، فلم يفد الأمر بالتسليم من هذا الوجه، فلهذا لا يؤمر بذلك. وإن اختارا فسخ العقد كان العبد بينهما نصفين، ولا يغرم المدعى عليه قيمة العبد بينهما بخلاف المسألة الأولى.

والفرق أن هناك كل واحد من المدعيين ببينته أثبت تسليم كل العبد إلى المدعى عليه بجهة الثمنية، فعند الفسخ يستحق الرجوع بجميع العبد، فلم يسلم لكل واحد جميع العبد معنى، أما ههنا لم يسلم كل واحد منهما شيئًا من العبد إلى المدعى عليه ليستحق الرجوع به عند الفسخ ليرجع بالقيمة عند عدم سلامة العين، فلهذا افترقا.

نوع آخر من هذا الفصل:

في دعوى الخارج مع ذي اليد الملك بسبب من جهة غيرهما.

١٦٧٧٧- وإنه على وجهين: إما إن ادعيا تلقى الملك من جهة واحد، فالحكم فيه أنهما إذا أرخا، وتاريخهما على السواء، أو لم يؤرخا، فذو اليد أولى؛ لأنهما استويا في إثبات الشراء، ولأحدهما يد، والشراء يتأكد باليد، فكان صاحب اليد وأنه يثبت

آكد الشرائين أولى .

١٦٧٧٨- وإن أرّخ أحدهما ، فكذلك ذو اليد أولى ، بخلاف ما إذا كانت الدار في يد البائع ، ولأحد المدعيين تاريخ حيث كان المؤرخ أولا ؛ لأن هنا إنما صار المؤرخ أولى تقليلا لنقض ما هو ثابت ، وتقليل النقض ههنا فى جعل صاحب اليد أولى .

بيانه : أنه إذا قضينا لصاحب التاريخ ههنا احتجنا إلى نقض شراء ذى اليد مع يده ، ويده ثابتة معاينة ، ومتى قضينا لصاحب اليد احتجنا إلى نقض شراء الآخر وتاريخه ثابت بالبينة ، والثابت معاينة فوق الثابت بالبينة ، وكان نقض الثابت معاينة أكثر من نقض الثابت بالبينة ، فإذا فى الموضعين يقضى بتقليل نقض ما هو ثابت ، وإن أرخا وتاريخ أحدهما أسبق كان أسبقهما تاريخًا أولى .

أما إذا كان أسبقهما تاريخًا ذواليد ، فلأنه أولى من غير التاريخ ، فأولى أن يكون أولى مع التاريخ ، وأما إذا كان أسبقهما الخارج اعتبارًا للسبق الثابت بالبينة بالسبق الثابت معاينة ، ولأنه أكثر إثباتًا ، وإن ادعيا تلقى الملك من جهة اثنين ، فإنه يقضى للخارج ، بخلاف ما إذا ادعيا التلقى من واحد ، ولم يؤرخا ، أو أرّخا ، وتاريخهما على السواء ، أو أرخ أحدهما دون الآخر ، حيث يقضى لذى اليد .

والفرق : أنهما إذا ادعيا تلقى الملك من جهة اثنين ، فكل واحد منهما يحتاج إلى إثبات الملك لبائعه ، فكان البائعين حضرا وادعياه ملكًا مطلقًا ، والدار فى يد أحدهما ، وأقاما البينة ، وهناك الخارج أولى ، فههنا كذلك ، فأما إذا ادعيا التلقى من جهة واحد ، فكل واحد منهما لايحتاج إلى إثبات الملك لبائعه ؛ لأن الملك لبائعهما ثابت بتصادقهما ، وإنما يحتاج كل واحد منهما إلى إثبات الانتقال إلى نفسه بسبب الشراء ، وذو اليد ببينته يثبت آكد الشرائين ، والقضاء بالآكد أولى إذا تعذر الجمع .

نوع آخر من هذا الفصل:

١٦٧٧٩- فى دعوى صاحبى اليد تلقى الملك من جهة غيرهما .

وإنه على وجهين : إن ادعيا تلقى الملك من جهة واحد ، ولم يؤرخا ، أو أرّخا ،

وتاريخهما على السواء، يقضى بالعين بينهما، وكذلك إذا أرّخ أحدهما دون الآخر يقضى بالدار بينهما، وإن أرخا، وتاريخ أحدهما أسبق يقضى لأسبقهما تاريخًا، وإن ادعيا تلقى الملك من جهة اثنين، فكذلك الجواب على التفصيل الذى قلنا فيما إذا ادعيا التلقى من جهة واحد.

نوع آخر
من هذا الفصل فى ذكر تاريخ الشراء مع الجهالة:

١٦٧٨٠- قال محمد فى كتاب الدعوى: رجلان اختصما فى دار فى يد أحدهما فأقام المدعى بينة أنه اشتراها من فلان منذ سنة، وأقام ذو اليد بينة أنه اشتراها من فلان منذ سنة وأكثر، ولايحفظون الفضل، فالبينة بينة المدعى، وهذا مشكل على قول من يعتبر التاريخ؛ لأن شهود ذى اليد أرّخوا أكثر مما أرخ شهود الخارج، وإن لم يبينوا قدره، فينبغى أن يترجح شهادة شهوده بهذا، والجواب المنقول عن المشايخ المتقدمين أنهم إذا لم يقدروا الفضل ولم يحفظوه، كانت شهادتهم على المجهول فيما يرجع إلى الفضل، فلم يقبل شهادتهم على الفضل، بقيت شهادتهم على سنة، وقد استوت البينتان فيه، فيقضى به للمدعى، وكذلك إذا شهد شهود المدعى عليه أنه اشتراها من فلان منذ سنة أو سنتين، وشكوا فى الزيادة، قضى للخارج؛ لأن الزيادة على السنة[1] لم يثبت بالشك، بقيت الشهادة على السنة، وقد استوت البينتان فيها، فيقضى للخارج.

قال رضى الله عنه: وإنه مشكل؛ لأن عند استواء البينتين فى التاريخ يقضى ببينة ذى اليد، وهو النوع المذكور قبل هذا بنوع، ولكن الصحيح فى هذا أن يقال: بأن شهود صاحب اليد شهدوا على أنفسهم بالسهو[2] والغفلة، وشهادة المغفل لا يقبل، فلغت شهادة شهود ذى اليد من كل وجه، وصار كأنه لم يقم البينة أصلا، ولو وقّت شهود أحدهما سنتين، وشهود الآخر سنة وأكثر، ولا يحفظون الفضل، أو وقت شهود الآخر

---

(١) وفى ظ: "الزيادة".

(٢) وفى ظ وف: "بالشهود الغفلة".

سنة أو سنتين، وشكوا فى الزيادة، فالبينة بينة من يثبت سنتين إن كان المثبت لسنتين المدعى فبالاتفاق، وإن كان المثبت لسنتين صاحب اليد، فعلى قول من يعتبر سبق التاريخ : كذلك؛ لأنه أثبت ملكه فى وقت لاينازعه فيه أحد، وعلى قول من لا يعتبر التاريخ : يقضى للخارج.

نوع آخر من هذا الفصل:

فى دعوى الخارجين تلقى الملك من جهة صاحب اليد وإقرار صاحب اليد لأحدهما.

١٦٧٨١- فى "نوادر هشام" قال : سألت محمداً عن غلام فى يدى رجل، ادعى رجل أنه اشتراه من صاحب اليد بألف درهم منذ سنة، وأقام رجل آخر بينة أنه اشتراه من صاحب اليد بمائة دينار منذ خمسة أشهر، وصاحب اليد يقول : بعته من صاحب المائة، وقضى القاضى بالغلام لصاحب الألف؛ لما أن وقته أول وسلّم الغلام إليه، ثم وجد به عيبًا ورده على المقضى عليه بقضاء القاضى، فجاء صاحب المائة، وقال : أنا آخذ الغلام؛ لأنك أقررت أنك بعته منى، وصاحب اليد يأبى، ويقول القاضى : فسخ العقد بينى وبينك لا يلتفت إلى قول صاحب الغلام، ولا يكون قضاء القاضى بالغلام لصاحب الألف فسخًا للبيع بمائة، ويكون لصاحب المائة أن يأخذ الغلام بإقرار البائع أنه باعه منه، ولم يبعه من ذلك، وإن قال البائع لصاحب المائة : خُذ الغلام وأبى هو، فللبائع أن يلزمه، وإن قال صاحب المائة حين قضى القاضى بالغلام لصاحب الألف، وقام من مجلس القاضى، قد فسخت البيع بيننا لم يكن فسخًا إلا أن يقول البائع : أجبتك إلى ذلك، أو يفسخ القاضى العقد بينهما.

نوع آخر من هذا الفصل فى دعوى الرجلين كل واحد منهما البيع على صاحبه، أو الشراء على صاحبه:

١٦٧٨٢- ما يجب اعتباره فى هذا النوع لتخريج المسائل على قول أبى حنيفة

وأبى يوسف : إنه متى تنازع اثنان فى عين ادعى كل واحد منهما أنه اشتراه من صاحبه بثمن معلوم، أو ادعى أنه باعه من صاحبه بثمن معلوم، وأنكر صاحبه، وأقام كل واحد منهما البينة على ما ادعى، ولم يؤرخا، فإنه تهاترت البينتان، سواء كان المبيع فى يد أحدهما أو فى يد ثالث، والثالث يجحد، وسواء شهد الشهود بالشراء والقبض، أو شهدوا بالشراء، ولم يشهدوا بالقبض، وسواء كان الثمنان على السواء، أو كان أحدهما أنقص من الآخر إلا أن المبيع إذا كان فى يد أحد المدعيين، فإنه يترك فى يده قضاء ترك على الروايات كلها، وإذا كان فى يد ثالث ذكر فى بيوع "الجامع" فى باب القصر أنه يقضى بالعين المدعى بين المدعيين نصفان إن كان لا يقضى بالعقدين. وذكر فى باب الطويل : أنه يترك فى يد الثالث قضاء ترك.

١٦٧٨٣- وما يجب اعتباره لتخريج هذا النوع من المسائل على قول محمد أن المبيع إذا كان فى يد أحد المدعيين أن شهد الشهود بالعقد دون القبض، فإن القبض المعاين يجعل أولا كأن ذا اليد اشترى أولا وقبضه، ثم باع، ولم يسلم، فيؤمر بالتسليم ويجب لكل واحد منهما على صاحبه ما ادعى من الثمن، ويتقاصان إذا كانا على السواء، وإن شهدوا بالعقد والقبض، فإنه يجعل القبض المعاين آخرًا كأن الخارج اشترى أولا وقبضه، ثم باعه من صاحبه، وسلم فيقضى بالمبيع لذى اليد يعتبر هكذا إذا كان فى اعتبار القبض المعاين آخر القبض بحكم هذه العقود المشتبهة تصحيح البيوع كلها رواية واحدة، وأما إذا كان فى جعله آخر المقبوض[1] فساد بعض البيوع، وفى جعل أول المقبوض[2] تصحيح البيوع كلها ذكر فى أول باب الطويل أنه يجعل آخر المقبوض[3] على قوله، وذكر فى آخر باب الطويل أنه يجعل أول المقبوض، قالوا : وليس فى المسألة اختلاف الروايتين، لكن ما ذكر فى أول الباب جواب القياس، وما ذكر فى آخره جواب الاستحسان.

وأما إذا كان المبيع فى يد الثالث، والمسألة بحالها إن ادعى كل واحد منهما من

---

(١) وفى ظ : "القبوض".

(٢) وفى ظ : "القبوض".

(٣) وفى ظ : "القبوض".

الثمن مثل ما ادعاه صاحبه، فعلى قوله: يقضى بالمبيع بين المدعيين نصفان، سواء شهد الشهود بالعقد والقبض أو شهدوا بالعقد، ولم يشهدوا بالقبض، إلا أنهم متى شهدوا بالعقد دون القبض يقضى لكل واحد منهما بنصف الثمن على صاحبه، ومتى شهدوا بهما، فإنه يقضى لكل واحد منهما بجميع الثمن على صاحبه، ثم يتقاصان، وإن كان أحد الثمنين أنقص من الآخر إن شهدوا بالعقد دون القبض، فإنه يجوز عقد كل واحد منهما فى النصف، ويبطل فى النصف، وإن شهدوا بهما، فإنه يقضى لكل واحد منهما بما ادعى من العقد على صاحبه فى الجميع، ويقدم أولا بيع الذى ادعى أنه باع بخمسمائة، وترتب عليه بيع الذى ادعى أنه باعه بألف، فحاصل ما يجب اعتباره فى تخريج مسائل هذا الباب على قوله هذا.

١٦٧٨٤- إذا عرفنا الرواية، جئنا إلى بيان المعنى، فنقول على قول محمد: إذا كان المبيع فى يد أحدهما، وشهد الشهود بالعقد دون القبض، إنما يجعل القبض المعاين أولا؛ لأن الشهود شهدوا بأصل التاريخ بين هذين العقدين إن لم يشهدوا بكيفيته؛ لأن كل فريق شهد بالعقد فى وقت غير الوقت الذى شهد به الآخر؛ لأن الوقت لو كان واحداً لكان ألا يشهدان؛ لأن العقدين يكونان باطلين، إلا أنهم لم يثبتوا السابق منهما، فجعلنا شراء الذى له قبض معاين سابقًا حكمًا؛ لأن السبق فى باب الشراء مما يثبت بالقبض كما لو ادعيا الشراء من ثالث، ولأحدهما يد يجعل شراءه سابقًا على ما مرّ قبل هذا، ولأن فى تقديم شراءه تصحيح الشرائين، وليس فى تقديم شراء الخارج تصحيح الشرائين، بل فيه إفساد شراء ذى اليد منه؛ لأن الشهود لم يشهدوا بالقبض، فيصير الخارج بائعًا المشترى المنقول قبل القبض، وإنه لايجوز.

١٦٧٨٥- وأما إذا شهدوا بالعقد والقبض، فإنما يجعل القبض المعاين آخر المقبوض؛ لأن الأصل أن القبض إذا ثبت عقيب عقد يحال به على ذلك العقد؛ لأنه ظهر سببه والحكم متى ثبت عقيب سبب، فإنما يحال به على ما ظهر من السبب لا على غيره، ولأن أى الشرائين قدمناه يصح العقدان، فيقدم شراء الخارج، حتى لا يحتاج إلى نقض القبض المعاين بالشك، ولأن فى هذه الصورة السبق فى باب الشراء مما يثبت بالقبض، وقبض الخارج سابق؛ لأنه منقضى، فإن الانقضاء دليل السبق، والقيام دليل التأخير.

هذا إذا كان فى جعل القبض المعاين آخراً فى هذه الصورة تصحيح العقود، فأما إذا كان فى جعله آخراً إفساد بعض العقود، وفى جعله أولا تصحيح العقود كلها القياس أن يجعل آخراً على قوله، وفى الاستحسان : يجعل أولا، وجه القياس : أن هذا قبض وجد عقيب الشراء، فيجب أن يكون قبض شراء، وإن كان فيه إفساد بعض العقود، كما لو شهدوا بالعقد دون القبض، ولأن القبض مما يثبت بالقبض فى باب الشراء، فيثبت سبق الشراء بسبق القبض، وقبض الخارج سابق؛ لأنه منقضٍ، وقبض ذى اليد متأخر؛ لأنه قائم، وإذا كان قبضه متأخراً كان شراؤُه متأخراً .

وجه الاستحسان : أن القبض الموجود عقيب الشراء إنما يجعل قبض الشراء من حيث الظاهر، لا بدليل يوجب ذلك، وكذلك انقضاء القبض يدل على السبق من حيث الظاهر، لا بدليل يوجب ذلك، وقد قابل هذا الظاهر ظاهر آخر، فإن الظاهر من حال المسلم العاقل أنه يقدّم على العقد الصحيح دون الفاسد، والعمل بهما متعذر لما بينهما من التنافى، فكان العمل بالظاهر الذى فيه تصحيح العقود كلها أولى من العمل بالظاهر الذى فيه إفساد بعض العقود، بخلاف ما إذا شهدوا بالعقد دون القبض؛ لأن الشهود لم يشهدوا للخارج بالقبض، ولا يمكن إثبات القبض من غير شهادة ولا معاينة، فشراء الخارج إن اعتبر أولا يفسد بعض العقود أيضًا، وهو شراء ذى اليد؛ لأن الخارج يصير بائعًا ما اشترى قبل القبض .

وأما إذا كان المبيع فى يد الثالث إن كان الثمنان على السواء، يقضى بينهما نصفان، سواء شهدوا بالعقد والقبض، أو بالعقد دون القبض؛ لأنه تعذر القضاء بالعقدين؛ لأنه إنما يمكن القضاء بالعقدين إذا أمكن تقديم أحدهما على الآخر، وههنا التقدم إنما يثبت إما بالقبض المعاين، أو بأن يكون فى تقديم بعض البيوع تصحيح جميع العقود، وفى تقديم البعض إفساد البعض، فيقدم ما فيه تصحيح الكل، إذ الأصل فى تصرف العاقل أن يحمل على وجه الصحة .

قلنا : وكل ذلك معدوم ههنا؛ لأنه ليس لأحدهما قبض معاين، وأى العقدين قدمناه إذا كان الثمنان من جنس واحد، يجوز إذا شهد الشهود بالعقد والقبض؛ لأن كل واحد منهما يصير بائعًا ما اشترى من صاحبه بعد القبض قبل نقد الثمن، وإنه جائز، وإذا

تعذر التقدم وجب القضاء بالمبيع بينهما نصفان، إلا أنهم متى شهدوا بالعقد دون القبض، فإنه يقضى لكل واحد منهما على صاحبه بنصف الثمن؛ لأن كل واحد منهما إنما سلم نصف المبيع، فلايستحق إلا نصف الثمن، ومتى شهدوا بهما، فإنه يقضى لكل واحد منهما على صاحبه بجميع الثمن؛ لأنه يثبت بالبينة العادلة أن كل واحد منهما سلم جميع المبيع إلى صاحبه، فيستحق جميع الثمن.

وإذا كان أحد الثمنين أنقص من الآخر إن لم يشهدوا بالقبض، فإنما يجوز بيع كل واحد منهما فى النصف؛ لأن كل واحد منهما إنما قدر على تسليم نصف المبيع لا غير، وإن شهدوا بالعقد والقبض، فإنه يقضى بالعقدين؛ لأنه إن تعذر تقديم أحدهما على الآخر من حيث القبض المعاين أمكن من حيث إنا إذا قدمنا شراء الذى اشترى بخمسمائة يصح شراء الآخر منه بعد ذلك؛ لأنه يصير مشتريًا ما اشترى من صاحبه بعد القبض بأكثر من الثمن الأول قبل نقد الثمن، وإنه جائز، فيجوز العقدان.

والمعنى لأبى حنيفة وأبى يوسف: أنه لم يثبت سبق أحد الشرائين بعينه على الآخر؛ لأن الشهود لم يشهدوا بذلك، ولا يجوز أن يثبت السبق بالقبض إنما يثبت ذلك إذا ادعيا الشراء من واحد، فأما إذا ادعياه من اثنين لا يثبت السبق بالقبض، بل يقضى بالعين بينهما نصفين، وههنا ادعى كل واحد منهما الشراء من رجل غير الذى ادعاه صاحبه، فلا يثبت السبق بالقبض، ولا يجوز إثبات سبق شراء ذى اليد تحريًا لجواز الشرائين؛ لأن التقديم بهذا الاعتبار إنما يثبت من حيث الظاهر، والظاهر يصلح حجة للدفع، ولا يثبت حجة للاستحقاق، وإذا تعذر إثبات الشرائين، تهاترت البينتان.

وكذلك إذا شهدوا بالشراء والقبض يتهاتر البينتان أيضًا؛ لأن تقديم شراء الخارج، هنا لو ثبت إنما يثبت بنوع من الظاهر على ما قال: والظاهر يصلح حجة للدفع، ولا يصلح حجة للاستحقاق، وإذا تعذر التقديم يتعذر القضاء بهما، فيتهاتر البينتان ضرورة، وهذا إذا لم يؤرخا، فإن أرخ أحدهما، ولم يؤرخ الآخر فكذلك الجواب، وإن أرّخا، وتاريخ أحدهما أسبق، إن كان أسبقهما تاريخًا الخارج، وقد شهدوا بالقبض مع الشراء، قضى بالعقدين، ويقضى بالدار لآخرهما تاريخًا، وهو صاحب اليد، وإن شهدوا بالشراء، ولم يشهدوا بالقبض، ذكر شيخ الإسلام: أنه يقضى بالدار لذى اليد،

وهل يقضى بالعقدين؟ على قول أبى حنيفة وأبى يوسف يقضى ، وعلى قول محمد : لا يقضى .

١٦٧٨٦- إذا عرفنا هذه الجملة جئنا إلى المسائل ، فنقول : وضع محمد فى "الجامع" المسألة فى الشراء أولا ، فقال : دار فى يدى رجل ادعاها رجل أنه اشتراها من ذى اليد بألف درهم ، وأقام البينة على ذلك ، وادعى ذو اليد أنها داره ، اشتراها من المدعى بألف درهم ، وأقام البينة على ذلك ، فالمسألة على الاختلاف والتفصيل الذى ذكرنا .

ثم وضع المسألة فى البيع ، فقال : دار فى يدى رجل أقام رجل البينة أنها داره باعها من ذى اليد بألف درهم ، وأقام ذو اليد بينة أنها داره باعها من هذا المدعى بألف درهم ، فعلى قياس قول أبى حنيفة وأبى يوسف : تتهاتر البينتان لما قلنا .

وقد أشار محمد فى الكتاب إلى نكتة أخرى ، لهما أن كل واحد منهما أثبت إقرار صاحب الدار له ؛ لأن كل مشترٍ مقر أن الملك فيما اشترى لبائعه بمنزلة ما لو ادعى كل واحد منهما الإقرار من جهة صاحبه .

فإن قيل : على قياس قولهما : يجب أن يقبل البينتان إذا شهد كل فريق لمدعيه بالبيع والقبض ؛ لأنه لا حاجة ، ههنا إلى القضاء بالبيع والتسليم ، وإنما الحاجة إلى القضاء بالثمن ، هذا كما ذكرنا فى عبد فى يد رجل أقام رجل بينة أنه باعه من ذى اليد بألف درهم ، وأقام رجل آخر بينة أنه باعه من ذى اليد بألف درهم ، فإنه يقضى لكل واحد منهما على ذى اليد بجميع الثمن ، وطريقه ما قلنا : هذا هكذا إذا صح دعوى كل واحد منهما وهنا لم يصح للتضاد ؛ لأن كل واحد منهما ادعى على صاحبه مثل ما ادعى صاحبه عليه ، فصار وجوده والعدم بمنزلة .

١٦٧٨٧- دار فى يدى رجل يسمى محمدًا ، وادعى رجل يسمى بكرًا أن الدار داره اشتراها من هذه المرأة بألف درهم ، وادعت المرأة أنها دارها اشترتها من بكر ، وادعى محمد أنه اشتراها من بكر ، وأقاموا جميعًا البينة إلا أن الشهود لم يؤرخوا ، ولم يشهدوا بالقبض ، إنما شهدوا بالشراء ، فعلى قياس قول أبى حنيفة وأبى يوسف : بينة المرأة وبينة البكر باطلتان ؛ لأن كل واحد منهما ادعى الشراء من صاحبه ، ويقبل بينة

محمد؛ لأنه تفرد بإقامة البينة، ولا دافع لبينته، فيقبل بينته، ويقضى بالدار له شراء من بكر، ويقضى عليه بالثمن لبكر.

فإن قيل: كيف يقضى بشراء محمد من بكر؟ ولم يثبت الملك لبكر.

قلنا: ملك بكر ثبت بإقرار محمد تلقى الملك من جهة بكر، وهذا الإقرار صحيح لكونه صاحب يد، ثم بينة محمد يثبت شراء محمد من بكر، وعلى قياس قول محمد: يقبل بينة بكر على المرأة، ويقضى بالدار له شراء من جهة المرأة، ويقبل بينة محمد على بكر، ويبطل بينة المرأة على بكر؛ لأن الدار كانت فى يد محمد من حيث الحقيقة إلا أنها من حيث الحكم والتقدير كأنها فى يد بكر؛ لأن محمداً يقر بأن اليد والملك فى هذه الدار كان لبكر، وأنه استفاده من جهة بكر، ولم يدّع بكر مثل ذلك حتى يبطل إقرار محمد للتعارض والتدافع من جهة محمد، فصح إقرار محمد لبكر.

١٦٧٨٨- ولو كانت الدار فى يد بكر حقيقة كان الجواب على نحو ما بينا أن بينة المرأة وبينة بكر باطلتان، وبينة محمد مقبولة.

١٦٧٨٩- وإن كانت الدار فى يد المرأة، والباقى بحاله، فعلى قولهما البينات كلها باطلة، أما بينة المرأة على بكر وبينة بكر على المرأة، فلا إشكال فيه، وأما بينة محمد على بكر ففيه نوع إشكال، ويجب أن يقبل بينته محمد على بكر؛ لأنه ادعى حادثًا، وأثبته بالبينة، ولا دافع لبينته، قلنا: محمد أثبت الشراء ببينته من بكر إلا أن قبض بكر ما اشترى من المرأة لم يثبت، فصار بكر بائعًا ما اشترى قبل القبض.

فإن قيل: ثبت قبض بكر بإقرار المرأة، فإنها أقرت أنها تلقت الملك من جهة بكر، فتكون مقرّة أنها استفادت الملك واليد من جهة بكر، فيجعل كون الدار فى يد المرأة كون الدار[1] فى يد بكر، كما فى الفصل الأول.

قلنا: إن إقرارها لم يصح لما ادعى بكر أنه تلقى الملك من جهتها، ولا يثبت قبض بكر بإقرار المرأة.

فإن قيل: كيف يستقيم أن يقال: هذا لهما، وبيع العقار قبل القبض جائز عندهما، ومحمد وضع المسألة فى العقار.

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وف وم: "لكون الدار".

قلنا : اختلف عبارة المشايخ فى هذا المقام، فعبارة بعضهم أنه يحتمل أن محمداً حين فرّع هذه المسألة، وطال تفريعها على حسب ما يرى حسب أنه وضع المسألة فى المنقول، ومنهم من قال : إنما فرع هذا على قياس قول أبى حنيفة وأبى يوسف الأول، فبيع العقار قبل القبض، على قول أبى حنيفة الأول : لا يجوز، ومحمد لم يثبت قول أبى حنيفة الأول فى بيع العقار قبل القبض فى شيء من الكتب، إنما أثبته فى "الجامع" فى هذه المسألة، ومنهم من قال : أراد محمد رحمه الله التفريع على قياس قولهما لو كانا لا يريان جواز بيع العقار قبل القبض.

فإن قيل : إن استقام ما ذكر محمد من الحكم على قولهما على ما ذكرتم من التأويلات إلا أن التعليل الذى ذكر محمد فى الكتاب لهما : أن شراء محمد من بكر لم يصح ؛ لأنه اشترى من بكر قبل القبض لا يصح ؛ لأن امتناع جواز شراء محمد من بكر عندهما ما كان لعدم القبض، وإنما كان لعدم الملك ؛ لأن بينة بكر على المرأة لما بطلت لم يثبت الملك لبكر، لا بالبينة ولا بإقرار المرأة على ما بينا.

قلنا : بطلان بيع محمد من بكر له علتان : إحداهما : ما ذكر محمد، والثانية ما ذكرنا أنه لا يثبت الملك لبكر، والحكم إذا كان له علتان جاز للمعلل أن يذكر إحداهما، ويترك الأخرى ؛ لأن إحداهما يكفى لإثبات الحكم.

هذا كله قولهما، وأما على قول محمد : يجوز شراء المرأة من بكر، وشراء بكر من المرأة، وأما إذا شهدوا بالعقد [والقبض، وكانت الدار فى يد محمد، وباقى المسألة بحالها، فالجواب فيه عندهما كالجواب فيما إذا لم يشهدوا بالقبض، إنما شهدوا بالعقد][1] لا غير، وعند محمد : يقضى بالبيوع كلها، وهكذا الجواب فيما إذا كان الدار فى يد بكر، وأما إذا كانت الدار فى يد المرأة، فإن على قول محمد : يحكم بجواز البيوع كلها، وعلى قولهما : تقبل بينة بكر ومحمد، ولا تقبل بينة المرأة.

١٦٧٩٠- قالوا : وما ذكر أن على قولهما بينة البكر مقبولة مشكل، وينبغى أن لا تقبل بينته، كما فى الفصلين الأولين، وهو ما إذا كانت الدار فى يد محمد، أو فى يد بكر. والجواب : وهو الفرق بين هذا الفصل وبين الفصلين الأولين بينة بكر [مما لا يثبت

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه من "مظ".

جواز شراء محمد منه ؛ لأن شراء محمد منه ، يجوز من غير بينة متى كان الدار فى يد بكر بظاهر يده ؛ لأن اليد يدل على الملك ، وكذلك إذا كانت الدار فى يد محمد ببينة بكر] لا يثبت جواز شراء محمد منه ؛ لأن محمداً مقر أن اليد فى هذه الدار كانت لبكر لما ادعى محمد تلقى الملك من جهة بكر ، وصح هذا الإقرار من محمد لما قلنا ، فصار كون الدار فى يد محمد ، وكونها فى يد بكر سواء ، فهو معنى قولنا : إن بكراً بينته لا يثبت جواز شراء محمد منه فى الفصلين ، والمرأة كذلك بينتها لاتثبت جواز شراء محمد ، فكانت بينة بكر مساوية ومعارضة لبينتها فبطلتا ، فأما إذا كانت الدار فى يد المرأة ، فبينة بكر تثبت جواز شراء محمد منه ؛ لأنه متى لم يقم لبكر بينة على الشراء من المرأة لا يجوز شراء محمد من بكر ؛ لأن الدار ليست فى يد بكر ، لا من حيث الحقيقة ، ولا من حيث الاعتبار بإقرار المرأة أن اليد كانت لبكر حيث ادعت تلقى الملك من جهة بكر ؛ لأن إقرارها قد بطل لما أقر بكر لها بمثل ذلك ، وإذا لم يثبت لبكر يد فى هذه الحالة بوجه ما متى لم يقبل بينة على المرأة ، لا يجوز شراء محمد من بكر ، وكان فى قبول بينة بكر جواز شراء محمد ، وترجحت بينته على بينة المرأة ، ولم يقع التعارض بينهما ، فقبلت بينته لهذا .

١٦٧٩١ - عبد فى يدى حر أقام مكاتب البينة أنه عبده باع من هذه المرأة بألف درهم ، وأقامت المرأة بينة أنه عبدها باعته من هذه المكاتب بعشرة أكرار حنطة وسط ، وأقام الحر بينة أنه عبده اشتراه من هذا المكاتب بهذا الوصف ، إلا أنهم لم يشهدوا بالقبض ، فإن فى قياس قول أبى حنيفة بينة المكاتب وبينة المرأة باطلتان ؛ لما مرّ ، وبينة الحر مقبولة ، ويقضى بالعبد للحر شراء من المكاتب ، وعلى قول محمد : يقبل بينة المرأة على المكاتب ، ويقبل بينة الحر على المكاتب ، ولا تقبل بينة المكاتب على المرأة ؛ لأن العبد فى يد المكاتب حكمًا واعتباراً ، ولو كان فى يده حقيقة يجعل قبضه أول القبضين ، وإنما يكون أول القبضين إذا كان بيع المرأة سابقًا على بيع المكاتب ، كأنها باعت منه ، وقبض المكاتب ، ثم أثبت الحر ببينته أنه اشتراه من المكاتب ، والمكاتب ببينته أثبت أنه باعه من الحر ، فيكون بينة الحر أولى ؛ لأن الحر أشبه المدعيين ؛ لأنه يثبت الملك واليد لنفسه ، والمكاتب يثبت الملك لغيره ، ولأن الثابت بالبينة العادلة كالثابت معاينة ، ولو عاينا أن الحر اشترى من المكاتب ، ثم ادعى المكاتب أنه باعه من المرأة ، لا يسمع بينته ؛ لأنه سعى

فى نقض ما تم به ، ولأن الحر بينته أثبت إقرار المكاتب أنه باع العبد منه والمكاتب ببينته أثبت إقرار نفسه أنه باعه من المرأة ، ولأن الحر ببينته أثبت أنه اشترى من المكاتب والمكاتب ببينته يثبت الإقرار[١] .

١٦٧٩٢- ولو ادعت المرأة الشراء من المكاتب والحر كذلك كانت بينة الحر أولى ؛ لأن له قبض كذا ههنا ، فإن كان العبد فى يد المكاتب فالجواب فيه كالجواب فى المسألة الأولى ، إلا أن ههنا يحتاج المكاتب إلى تسليم العبد إلى الحر ، ولا يجئ ههنا بعض علل المسألة الأولى ، وهى العلة الأخيرة ، وإنما تجئ العلل البواقى ، وإن كان العبد فى يد المرأة ، فعلى قول أبى حنيفة وأبى يوسف البيوع كلها باطلة لوقوع التعارض بين البينات .

فإن قيل : كان يجب أن يقبل بينة المرأة ؛ لأن لبينة المرأة زيادة رجحان ؛ لأنها تثبت جواز بيع المكاتب من الحر .

قلنا : ليس كذلك ؛ لأن الشهود لم يشهدوا بالقبض ، فيصير الحر مشتريًا من المكاتب قبل القبض .

فإن قيل : كان ينبغى أن تقبل بينة الحر ؛ لأنه لا دافع لبينته .

قلنا : نعم لا دافع لبينته إلا أنها قامت على إثبات شراء فاسد ؛ لأنه لما بطلت بينة المرأة والمكاتب ، فهو على قولهما للتعارض لم يثبت للمكاتب ملك ، ولئن ثبت الملك للمكاتب بإقرار المرأة بأنها باعت منه إلا أنه لم يثبت القبض من المكاتب لما بينا ، بخلاف الفصلين الأولين على ما مر .

وأما على قياس قول محمد يقبل بينة المكاتب على المرأة ، ثم يقبل بينة المرأة على إثبات البيع من المكاتب ، ولا تقبل بينة الحر على إثبات الشراء من المكاتب .

١٦٧٩٣- وأما إذا شهدوا بالعقد والقبض والعبد فى يد الحر ، فإن على قولهما بينة المرأة والمكاتب باطلتان للتعارض ، وبينة الحر على المكاتب مقبولة ، وأما على قول محمد : البينات كلها مقبولة ، ويقضى بالبيوع كلها ، وإن كان العبد فى يد المكاتب ، وباقى المسألة بحالها ، فالجواب فيه عندهما كالجواب فى الفصل الأول ، وعند محمد الجواب فيه كالجواب فى المسألة الأولى .

---

(١) وفى م : "يثبت الشراء" .

١٦٧٩٤- وإن كان العبد فى يد المرأة، وباقى المسألة بحالها، فعلى قولهما بينة المكاتب على المرأة باطلة، وبينة المرأة على المكاتب جائزة، وبينة الحر على المكاتب جائزة، وما ذكر أن بينة المرأة على المكاتب جائزة مشكل اعتباراً بالفصلين الأولين، إلا أن الفرق بينهما أن فى الفصلين الأولين بينة المرأة إنما بطلت؛ لأنها ساوت ببينة المكاتب؛ لأنها تثبت بيعها من المكاتب، ولاتثبت جواز شراء الحر من المكاتب جائزاً، وإن لم يثبت بيع المرأة؛ لأن العبد فى يد المكاتب إما حقيقة أو تقديراً أو اعتباراً، وتعذر العمل بهما، فبطلتا، فأما ههنا فى بينة المرأة على المكاتب زيادة إثبات، فإنها تثبت حقّا للحر، وهو جواز شراءه من المكاتب، فإنه متى كان العبد فى يد المرأة لا يجوز شراء الحر من المكاتب، ما لم يثبت بيع المرأة من المكاتب؛ لأنه ما باع ما ليس فى يده، ولا ملكه، فترجحت بينة المرأة، فصارت أولى.

وأما على قول محمد: جاز البيوع كلها لما عرف من أصله على طريق الاستحسان، فإن كان الحر لم يقم البينة على الشراء، لكن أقام البينة أنه باع العبد من المكاتب بمائة دينار، والباقى بحاله قبلت بينته، ولا تقبل بينة المكاتب على المرأة، ولا بينة المرأة على المكاتب عندهم جميعًا، أما عندهما فلما مر، وأما عنده فكذلك، وينبغى أن يقضى ببيع المرأة من المكاتب عند محمد، ولا يقضى ببيع الحر من المكاتب قياسًا على مسألة أخرى ذكرها محمد فى بيوع "الجامع" أيضًا فى باب الشهادات فى البيوع فى الاثنين والواحد.

وصورتها: رجل فى يده عبد ادعى أن هذا العبد عبده باعه من هذه المرأة بألف درهم، والمرأة تجحد ذلك، وتدعيه لنفسها، وأقام المدعيّان البينة على ما ادعياه، فإنه يقضى ببيع المدعى الذى ليس العبد فى يده من المرأة؛ لأنهما ادعيا بيع العبد من المرأة وادعيا فيه ملكًا مطلقًا، والعبد فى يد أحدهما، فكذلك ههنا يجب أن يقضى ببيع المرأة من المكاتب؛ لأن الحر مع[1] المرأة ادعيا البيع من المكاتب، وادعيا فى العبد ملكًا، والمرأة خارج، فإن العبد ليس فى يدها، والحر ذو اليد، فمن المشايخ من يجعل فى المسألة روايتين، ومنهم من يفرق بين المسألتين.

---

(١) هكذا فى الأصل وف وم، وكان فى ظ: "من".

والفرق: أن ثمة الذى ليس العبد فى يده[1] يحتاج إلى إثبات ملكه فى العبد بالبينة ليجوز بيعه؛ لأن الملك له فى العبد غير ثابت، وذو اليد أثبت كذلك أيضًا إلا أن المذهب عندنا أن بينة الخارج أولى، فأما ههنا فالمرأة الخارجة مستعينة عن إثبات الملك لنفسها فى العبد ليجوز بيعها؛ لأن الملك لها ثابت فى العبد بإقرار الحر، فكان بينة كل واحد منهما مشروعة على إثبات البيع لا على إثبات الملك، فكان بينة ذى اليد أولى؛ لأن بينته آكد، ولأنه أثبت بيع شىء فى يده، ويقدر على تسليمه، والمرأة تثبت بيع شىء لا تقدر على تسليمه.

وإن كان العبد فى يد المكاتب، والباقى بحاله، فإن على قولهما: بينة المكاتب والمرأة باطلتان، وبينة الحر مقبولة، وعلى قول محمد يقضى بالعبد كله للمكاتب نصفه شراء من جهة المرأة، ونصفه من جهة الحر؛ لأن العبد فى يده، وقد تنازع فيه خارجان يدعى كل واحد منهما أنه باعه من المكاتب، وأقاما البينة، ولا مزية لإحدى البينتين على الأخرى.

فإن قيل: لماذا قدّم محمد بيع الحر وبيع المرأة من المكاتب، ولم يقدم بيع المرأة من المكاتب.

قلنا: لأن الأصل عنده أن الشهود متى لم يشهدوا بالقبض يجعل القبض المعاين أوّل القبوض[2] بحكم البيع، وإنما يصير أول القبوض[3] إذا قدمنا على هذا الوجه، ويقضى لكل واحد منهما على المكاتب بنصف الثمن؛ لما عرف، ثم يقضى ببيع المكاتب جميع العبد من المرأة، فيؤمر المكاتب بتسليم العبد إلى المرأة، ولا خيار للمكاتب، وإن اشترى من كل واحد منهما جميع العبد، وقد سلّم له النصف؛ لأن خياره سقط بالبيع من المرأة، وكان يجب أن يقضى على المكاتب لكل واحد منهما بجميع الثمن؛ لأن العبد مسلّم إلى المكاتب.

١٦٧٩٥- وقد ذكر هذه المسألة فى باب الشهادات فى البيوع من "الجامع"،

---

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وف وم: "فى ملكه".

(٢) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وف وم: "المقبوض".

(٣) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وف وم: "بالمقبوض".

ووضعها فى الدار، فقال : دار فى يدى رجل، أقام رجل البينة أنها داره باعها من ذى اليد بألف درهم، وأقام رجل آخر بينة أنها داره باعها من ذى اليد بمائة دينار، فالشراء لازم للمشترى، وعليه الثمنان.

قال مشايخنا : ولا يتهيأ له الفرق، فيجعل ما ذكر فى باب الشهادات جواب الاستحسان، وما ذكر ههنا جواب القياس.

وجه القياس : أن كل واحد منهما يحتاج إلى إثبات الملك فيما باع عند المنازعة، وقد نازعهما ذو اليد فى ذلك، فتقبل بينتهما، وإذا قبلت بينتهما، فقد استحق على كل واحد منهما نصف ما باع ببينة صاحبه، فصار كأن كل واحد منهما باع جميع العبد إلا أنه استحق منه النصف، فيسقط عنه نصف الثمن فى حق كل واحد منهما.

وجه الاستحسان : أنه لم يستحق على كل واحد منهما شيء مما باع من المشترى؛ لأن حاجة كل واحد من البائعين فى هذه الصورة إلى إثبات الملك على المشترى لا إلى إثبات[1] الثمن على المشترى لا إلى إثبات الملك فيما باع؛ لأن الملك فيما باع إنما يحتاج إليه ليقدر البائع على تسليمه، فيستوجب الثمن على المشترى، فإذا كان المبيع فى يده استغنى كل واحد من البائعين عن تسليم ما باع، فاستغنى عن إثبات الملك لنفسه، وبينة المدعى إنما يسمع فيما يحتاج إلى إثباته لا فيما لا يحتاج إلى إثباته، وإذا لم يسمع بينة كل واحد من البائعين على إثبات الملك فيما باع لم يصر كل واحد من البائعين مستحقًّا عليه فى شيء مما باع، فتقرر جميع الثمن لكل واحد منهما على المشترى، وإن كان المبيع شيئًا واحدًا؛ لأن اجتماع الثمنين فى ذمة المشترى بسبب مبيع واحد جائز على سبيل الترادف، بأن يشترى من أحدهما ثم يبيعه من الآخر، ثم يشترى منه.

١٦٧٩٦ - وإن كان العبد فى يد المرأة، وباقى المسألة بحالها، فعلى قولهما : بينة المرأة والمكاتب باطلتان، وبينة الحر على المكاتب مقبولة، وعلى قول محمد كذلك الجواب؛ لأن الحر والمرأة ادعى كل واحد منهما أن العبد عبده، وقد باعه من المكاتب، والعبد عبد يسلم إلى المشترى، وهو المكاتب، فكان الحر محتاجًا إلى إثبات الملك فى العبد ليمكنه التسليم إلى المشترى، والحر خارج والمرأة ذو اليد وبينة الخارج أولى.

---

(١) وفى م : "يثبت الشراء".

وأما إذا شهد الشهود بالعقد والقبض، فالمسألة على ثلاثة أوجه : وهو أن يكون العبد فى يد الحر، أو فى يد المكاتب، أو فى يد المرأة، وتخريجها على نحو ما ذكرنا، وما ذكر محمد من هذا الجنس، فتخريجه على نحو ما ذكرنا فى أول هذا النوع أن العين الواحد إذا تنازع فيه اثنان ادعى كل واحد منهما أنه باعه من صاحبه بثمن معلوم، وأنكر صاحبه، وأقام كل واحد منهما البينة على ما ادعا، ولم يؤرخا والعين فى يد الثالث أن على قول أبى حنيفة وأبى يوسف على رواية باب الطويل من بيوع "الجامع" يترك العين فى يد الثالث قضاء ترك، وعلى رواية الباب : القصير منه يقضى بالعين المدعى بين المدعيين نصفان، واختلف المشايخ فيما بينهم قال بعضهم : فى المسألة روايتان : على رواية الباب : القصير يقضى بالملك بينهما، وعلى رواية الباب الطويل : لا يقضى بالملك بينهما، وبعضهم قالوا : ما ذكر فى الباب القصير قياس، وما ذكر فى الباب الطويل استحسان، وبعضهم قالوا : اختلف الجواب لاختلاف الموضوع وضع المسألة فى الباب الطويل أن كل واحد منهما ادعى البيع على صاحبه فقط، وعند التعارض فى دعوى البيع يتهاتر البينتان، ووضع المسألة فى الباب القصير إذا ادعى كل واحد منهما البيع والملك فلئن[1] تعذر اعتبارهما فى العقد أمكن اعتبارهما فى الملك.

وجه ما ذكر فى الباب القصير وهو القياس على قول بعض المشايخ، أو إحدى الروايتين على قول البعض أن كل واحد منهما أقام البينة على ما يجوز القضاء به، وعلى ما لا يجوز القضاء به على قولهما ؛ لأن كل أقام البينة أن الدار ملكه، والدار فى يدى الثالث، وهذا مما يجوز به بدليل أنه لو لم يدّع كل واحد منهما البيع من صاحبه، فإنه يقضى بينهما نصفان، وعلى ما لا يجوز القضاء به، فإن كل واحد منهما أثبت بيع جميع الدار، وقد جهل التاريخ بينهما، فيجعل كأنهما وقعا معًا، بأن قال كل واحد منهما لصاحبه : بعت منك هذه الدار، وخرج الكلامان معًا، ولو كان هكذا كان البيعان باطلين ؛ لأن الشخص الواحد فى وقت واحد لا يتصور أن يكون بائعًا ومشتريًا لعين واحد لما فيه من التضاد، فيقضى بما يجوز القضاء به، وهو الملك، ولا يقضى بما لا يجوز القضاء به، وهو العقدان، ويجوز أن تقبل شهادة الشاهد فى بعض ما شهد به كما لو شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة، والمدعى يدعى أكثر المالين، قبلت شهادة

---

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل : "فليس مقدر" وفى م : "فليس متعذر".

الشاهد بالألف والخمسمائة على الألف، كذا ههنا، بخلاف ما لو ادعى رجل دارًا فى يدى إنسان أنه اشتراها من ذى اليد بألف درهم، وادعى ذو اليد أنه اشتراها من الخارج بمائة دينار، وأقاما البينة، ولم يؤرخا، فإن هناك يتهاتر البينتان، ويترك الدار فى يدى ذى اليد قضاء ترك[1] على قولهما؛ لأن هناك بينة ذى اليد يعارض بينة الخارج؛ لأن كل واحد ببينته أثبت؛ لأن كل بينة أثبت إقرار صاحبها أن الدار كانت لصاحبه؛ لأن كل مشتر مقر أن المشترى كان ملك بائعه وأنه بسبيل من بيعه وجهل التاريخ بين الإقرارين، فبطلتا وترك الدار فى يد ذى اليد قضاء ترك، فأما ههنا ذو اليد ما أثبت إقرار أحد المدعيين أن الدار له، فوجب القضاء بالدار بينهما نصفان.

وجه ما ذكر فى الباب الطويل وهو الاستحسان على قول بعض المشايخ، أو إحدى الروايتين على قول بعض المشايخ: إن الأمر على ما قلنا، إلا أنه تعذر القضاء بشهادتهم فى الكل؛ لأن كل فريق فيما شهد نسب نفسه إلى السهو والغفلة؛ لأنه شهد لمدعيه فى غير الوقت الذى شهد به الآخر، إذ لو عاينا البيعين معًا فى وقت واحد لكان لا يحل لهم أن يشهدوا بالبيع؛ لأنه لا يكون باطلا، فقد اتفق الفريقان أن البيعين كانا فى وقتين مختلفين إلا أنهما جهلا ذلك، ونسياه، وشهادة المغفل لا تقبل، وهذا كله قول أبى حنيفة وأبى يوسف، فأما على قول محمد: يقضى بالدار بينهما نصفان، ويقضى لكل واحد منهما على صاحبه بنصف ما أقر له من الثمن؛ لأن كل واحد منهما يستحق نصف الدار.

١٦٧٩٧- ولم يذكر فى الباب القصير أن على قول محمد: هل يخير كل واحد من المشتريين؟ وذكر فى الباب الطويل: أنه يخيّر إن شاء أخذ نصف الثمن وإن شاء ترك.

واختلف المشايخ فيه منهم من قال: فيه المسكوت يحمل على المنطوق، ومنهم من قال: ما ذكر فى الباب الطويل جواب القياس وما ذكر فى الباب القصير جواب الاستحسان، وظاهر السكوت يدل على أنه لا خيار لهما.

---

(١) فى نسخة "ب" والأصل سقوط من قول: "قضاء ترك على قولهما؛ لأن هناك بينة ذى اليد يعارض بينة الخارج؛ لأن كل واحد ببينة أثب"، وفى نسخة "م" موجود.

وجه القياس فى ذلك : أن كل واحد منهما أثبت على صاحبه أنه باع منه جميع الدار، ولم يسلم له إلا النصف، فيخير كما لو ادعى رجلان شراء عين من واحد، ولم يؤرخا، وليس لأحدهما قبض، فإنه يقضى بينهما نصفان، ويكون لكل واحد منهما الخيار لما بينا، كذا ههنا.

وجه الاستحسان : أن كل واحد أثبت على صاحبه البيع فى جميع الدار، إلا أن النصف من ذلك إنما استحق على كل واحد منهما ببيعه من صاحبه، فإن الأكبر صار بائعًا نصف الدار من الأصغر والأصغر كذلك، وفى مثل هذا لا يثبت الخيار -والله أعلم-.

نوع آخر من هذا الفصل فى الرجلين يدعيان الملك بسببين مختلفين فى عين واحد :

١٦٧٩٨- فمن جملة صوره : إذا ادعى أحدهما الهبة مع القبض، وادعى الآخر الشراء، وإنه على وجهين : إن ادعيا ذلك من جهة اثنين، والعين فى يد ثالث، أو فى أيديهما، والجواب فيه كالجواب فيما إذا ادعيا ملكًا مطلقًا سواء؛ لأن كل واحد منهما يثبت الملك لملكه مطلقًا، ثم يثبت الانتقال الى نفسه، وكان بمنزلة ما لو حضر المملكان وادعيا لأنفسهما ملكًا مطلقًا، وأقاما البينة، ففى كل موضع ذكرنا فى دعوى الملك المطلق أنه يقضى بينهما نصفان، فههنا يقضى بينهما نصفان أيضًا.

قال شيخ الإسلام : إنما يقضى بينهما نصفان إذا كان المدعى به شيئًا لا يحتمل القسمة كالعبد والدابة وأشباههما، أما إذا كان المدعى به شيئًا يحتمل القسمة، يقضى بالكل لمدعى الشراء؛ لأن مدعى الهبة أثبت هبة فاسدة؛ لأنه أثبت الهبة فى الكل، واستحق الآخر النصف عليه بالهبة، واستحقاق نصف الهبة فى مشاع يحتمل القسمة يوجب فساد الهبة، فلا تقبل بينة الهبة، فصار كأن مدعى الشراء تفرد بإقامة البينة، والصحيح أن المشاع الذى يحتمل القسمة والذى لا يحتمل القسمة فى ذلك على السواء؛ لأن مدعى الهبة أثبت الهبة فى الكل، إلا أنه لأجل المزاحمة سلّم له البعض، وهذه المزاحمة بعد القبض، وكان شيوعًا طارئًا، وأنه لا يبطل الهبة.

وإن ادعيا ذلك من جهة واحد، والعين فى يد ثالث ولم يؤرخا، أو أرخا وتاريخهما على السواء، فالشراء أولى؛ لأن الشراء يوجب الملك بعوض، والهبة توجب الملك بغير عوض، فإذا احتجنا إلى نقض أحدهما كان نقض ما يوجب الملك بغير عوض، وفيه تقليل النقض أولى من نقض ما يوجب الملك بعوض وفيه تكثير النقض.

وإن أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر، فالمؤرخ أولى أيهما كان، أما إذا كان المؤرخ مدعى الشراء فظاهر؛ لأنه من غير تاريخ الشراء هو أولى، فمع تاريخ الشراء أولى أن يكون أولى، وأما إذا كان المؤرخ مدعى الهبة، فلأن الشراء متأخر معنى؛ لأن الشراء حادث، والأصل أن يحال حدوثه على أقرب الأوقات إذا لم يتضمن إحالته على أقرب الأوقات نقض ما هو ثابت بنفسه من حيث العيان، والحكم بإحالة الشراء على أقرب الأوقات، وههنا لا يتضمن ذلك، فجعلنا الشراء المطلق حادثًا للحال، وهو معنى قولنا: الشراء متأخر معنى، فيعتبر بما لو كان متأخرًا حقيقة، وهناك يقضى لمدعى الهبة كذا ههنا، ولو أرّخا وتاريخ أحدهما أسبق فهو أولى.

وإن كان العين فى يد أحدهما، فهو أولى إلا أن يؤرخا وتاريخ الخارج أسبق، فحينئذٍ يقضى للخارج، فإن كان العين فى أيديهما، فهو بينهما إلا أن يؤرخا وتاريخ أحدهما أسبق، فحينئذٍ يقضى لأسبقهما تاريخًا.

والجواب فى الصدقة والقبض مع الشراء إذا اجتمعا كالجواب فى الهبة والقبض مع الشراء؛ لأن الصدقة لا تفيد الملك قبل القبض، ويفيد الملك بغير عوض كالهبة، وإذا اجتمعت الهبتان مع القبض فالجواب فيه كالجواب فيما إذا اجتمع الشراءان، وإن اجتمعت الهبة مع القبض والصدقة مع القبض، فالجواب فيه كالجواب فيما إذا اجتمعت الشراءان، وستأتى هذه المسألة فى آخر الباب -إن شاء الله تعالى-.

وكان ينبغى أن تكون الصدقة أولى؛ لأن الصدقة يوجب ملكًا لازمًا، والهبة يوجب ملكًا غير لازم، ونقض ما ليس بلازم وفيه تقليل النقض أولى، والجواب: أن الهبة إن كانت من ذى رحم محرم، فهى لازمة كالصدقة، وإن كانت من أجنبى إن لم تكن لازمة، ففيها عوض مشروط عرفًا، ولهذا يثبت للواهب حق الرجوع ما لم يعوض

عنها، ففى نقض الصدقة إن كان نقض اللزوم، ففى نقض الهبة نقض العوض من وجه فاستويا.

١٦٧٩٩- وإذا اجتمع الشراء والرهن، فالشراء أولى؛ لأن الشراء أقوى؛ لأنه يفيد الملك بنفسه، والرهن لا يفيد الملك فى الحال، وإذا اجتمع الرهن والهبة والصدقة، فالرهن أولى استحسانًا؛ لأن الرهن يتعلق به الضمان، فكان قبضه مضمونًا، وقبض الهبة والصدقة ليس بمضمون.

١٦٨٠٠- وإذا اجتمع النكاح والهبة والرهن والصدقة، فالنكاح أولى؛ لأن النكاح عقد معاوضة يفيد الملك بنفسه كالشراء، ولو اجتمع الشراء مع كل واحد من هذه الأشياء، كان الشراء أولى، فههنا كذلك.

١٦٨٠١- وإذا اجتمع الشراء والنكاح، فعلى قول محمد: الشراء أولى إذا لم يؤرخا، أو أرخا، وتاريخهما على السواء؛ لأن الشراء مبادلة مال بمال يوجب الضمان فى العوضين، والنكاح مبادلة مال بما ليس بمال لا يوجب الضمان فى المنكوحة، فكان الشراء أقوى من هذا الوجه، وعلى قول أبى يوسف: إذا لم يؤرخا، أو أرّخا، وتاريخهما على السواء، يقضى بينهما نصفان، وصار الجواب فيه كالجواب فيما إذا اجتمع الشراءان؛ لأن الشراء مع النكاح يستويان من حيث إن كل واحد منهما يفيد الملك بنفسه، وللنكاح قوة من وجه من حيث إن الملك فى الصداق يثبت بنفس العقد متأكدا حتى لا يبطل بالهلاك قبل التسليم، ويجوز التصرف فى الصداق قبل القبض بخلاف الشراء، فإن لم يترجح جانب النكاح لا أقل من أن يثبت المساواة.

١٦٨٠٢- وإن ادعى رجل هبة مقبوضة فى دار أو عبد، وادعى آخر صدقة مقبوضة، وأقاما البينة، فإن وقت بينة أحدهما، فصاحب الوقت أولى، وإن لم يوقت بينة أحدهما، أو وقت بينة كل واحد منهما، ووقتهما على السواء، ففيما لا تحتمل القسمة يقضى بينهما نصفان بالاتفاق، وفيما يحتمل القسمة نحو الدار، وأشباهها تبطل البينتان جميعًا؛ لأنا لو عملنا بهما قضينا لكل واحد بالنصف والهبة والصدقة فى مشاع تحتمل القسمة لا يجوز.

قيل: هذا قول أبى حنيفة، فأما على قول أبى يوسف ومحمد: ينبغى أن يقضى

لكل واحد بالنصف على قياس هبة الدار من رجلين.

قيل: ينبغى أن يقضى لكل واحد منهما بالنصف بالإجماع؛ لأن كل واحد منهما أثبت الهبة فى الكل، ثم الشيوع بعد ذلك طارئ، وذلك لا يمنع صحة الهبة والصدقة.

قال شمس الأئمة السرخسى رحمه الله: الأصح عندى أن ما ذكر فى الكتاب قول الكل؛ لأنا لو قضينا لكل واحد بالنصف، فإنما يقضى بالعقد الذى شهد به شهوده عند اختلاف العقدين هبة الدار من رجلين لا يجوز.

فى "المنتقى": دار فى يدى رجل أقام رجل بينة، أنى كنت ادعيت هذه الدار وأن صاحب اليد صالحنى منها على مائة درهم، وأقام الذى فى يديه الدار أنه أبرأه من حقه من دعواه فى هذه الدار، فبينة الصلح أقوى؛ لأنها أكثر إثباتًا.

نوع آخر من هذا الفصل فى الخارجين يدعيان الشراء من واحد ويدعى أحدهما مع الشراء إعتاقًا، ويدخل فيه إذا ادعى رجل الشراء على من فى يده رقيق، وادعى الرقيق الإعتاق، أو التدبير أو الكتابة أو الاستيلاد:

١٦٨٠٣- رجل ادعى أمة فى يد رجل أنه اشتراها من صاحب اليد بألف درهم، وأنه أعتقها، وأقام على ذلك بينة، وأقام آخر بينة أنه اشتراها من صاحب اليد بألف، ولم يذكر الإعتاق، فصاحب العتق أولى، هكذا ذكر المسألة فى أول كتاب الدعوى، وهذا لأن الإعتاق قبض حكمًا لما نبين، فقد ادعيا تلقى الملك من جهة واحد، ولأحدهما قبض مشهود به، وهو مدعى العتق، وكان أولى، وسنبين شرح هذا الكلام فى المسألة التى تلى هذه المسألة -إن شاء الله- ولم يذكر ثمة ما إذا كان مدعى الشراء قبض العبد، فلو كان قبض العبد كان هو أولى، بدليل المسألة التى تليها.

وصورتها: رجل له عبد، أقام العبد بينة، أن المولى أعتقه، وأقام رجل آخر بينة، أن المولى باع العبد منه بألف درهم، فإن لم يكن المشترى قبض العبد، فبينة العبد أولى؛ لأنهما يدعيان تلقى الملك من جهة ثالثة، ولأحدهما قبض مشهود به، وهو العبد، ولا

قبض للآخر، بيانه : أن العبد ادعى تلقى الملك فى نفسه من جهة مولاه بالإعتاق، والآخر ادعى تلقى الملك فى العبد من جهة مولاه أيضًا بالشراء غير أن العبد بالإعتاق يصير قابضًا نفسه؛ لأنه يقع فى يد نفسه، فالشهادة على العتق تكون شهادة على الملك والقبض جميعًا، والمشترى بنفس الشراء لا يصير قابضًا، فالشهادة على الشراء لا تكون شهادة على القبض، فهو معنى قولنا : ادعيا تلقى الملك من جهة الثالث، ولأحدهما قبض مشهود به، فيقضى لذى قبض مشهود به، كما فى دعوى الشراء من ثالث إذا كان لأحد المدعيين قبض مشهود به، بأن شهد شهود أحد المدعيين بالشراء والقبض، وشهد شهود الآخر بالشراء دون القبض.

قال : فإن كان المشترى قبض العبد، فبينة الشراء أولى؛ لأن المشترى له قبض معاين، والعبد له قبض مشهود به، وليس له قبض معاين، وهذا لأن العبد إنما يصير قابضًا نفسه بالإعتاق، والإعتاق مشهود به، وكان قبض العبد مشهودًا به، وللقبض المعاين رجحان على القبض المشهود به، ألا ترى أن فى دعوى الشراء من ثالث إذا كان لأحد المتداعيين قبضًا معاينًا وللآخر قبضًا مشهودًا به، ترجح من له القبض المعاين، كذا ههنا، والمعنى فى ذلك أن الذى له قبض معاين قبضه ثابت حقيقة، وما يدعيه الآخر إن كان مقدمًا يجب نقض هذه الحقيقة، وإن كان متأخرًا لا يجب نقضها، فلا يجب نقضها بالشك والاحتمال.

والجواب فيما إذا كان العبد ادعى التدبير نظير الجواب فيما إذا ادعى العتق إن لم يكن المشترى قبض العبد فبينة العبد أولى، وإن كان قبض العبد فبينته أولى.

ولو ادعت أمة أنها ولدت من مولاها، وأقامت على ذلك بينة، وأقام رجل آخر بينة، أنه اشتراها من مولاها، فبينة الأمة أولى، سواء كانت فى قبض المشترى أو لم تكن فى قبضه، أما إذا لم تكن فى قبض المشترى فلأن دعوة الاستيلاد ودعوى التدبير سواء، وبينة التدبير أولى إذا لم يكن للمشترى قبض معاين، فكذا بينة الاستيلاد.

وأما إذا كان فى قبض المشترى فكذلك، وكان ينبغى أن تكون بينة المشترى أولى؛ لأن له قبض معاين وقع الشك فى نقضه إن كان علوق هذا الولد قبل الشراء بأن جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت الشراء، يجب نقض قبضه، وإن كان علوق هذا

الولد بعد الشراء، بأن جاءت بالولد لأكثر من ستة أشهر من وقت الشراء، لا يجب نقضه، فلا يجب نقضه بالشك، فصار كما فى دعوى التدبير.

والجواب عن هذا أن يقال: بأن دعوى العتق والتدبير إنما لا ينقض قبض المشترى لأن قبضه ثابت حقيقة وقع الشك فى نقضه إذا لم يعرف التاريخ؛ لأنه إذا لم يعرف التاريخ يحتمل أن العتق والتدبير لاحقان، وعلى هذا التقدير لا ينقض قبض المشترى، فلا ينقض قبضه بالشك.

وفى دعوى الاستيلاد لو نقضنا قبض المشترى نقضناه بيقين لا بالشك، بيانه: أن دعوة البائع قد ثبت بالبينة إلا أنه يحتمل أن يكون دعوته قبل البيع، وعلى هذا التقدير يجب نقض قبض المشترى؛ لأنه صار بائعًا أم ولده، وإن كان دعوته بعد البيع، وقد جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر ممن وقت البيع، فكذلك يجب نقض المشترى، وإن جاءت لستة أشهر فكذلك يجب نقض قبض المشترى أيضًا؛ لأن موضوع المسألة أن المدعى ادعى شراء الجارية، ولم يدّع الولد، فبقى الولد على ملك البائع، وصار مسألتنا، رجل له جارية ولدت ولدًا، فباع المولى الجارية، ثم ادعى نسب الولد بستة أشهر، وهناك تصح دعوته، وإذا صحت دعوة البائع على كل حال، وجاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت الشراء أو لستة أشهر، ووجب نقض قبض المشترى على كل حال، فقد تيقنا بنقض قبضه، والقبض المعاين يجوز أن ينقض، ألا ترى أن فى دعوى الشراء من ثالث إذا أرّخا، وتاريخ أحدهما أسبق، وللآخر قبض معاين، يقضى للخارج، وينقض قبض الآخر، كذا ههنا.

ولو وقتت بينة المشترى وقتًا قبل الحبل بثلاث سنين، كانت بينة المشترى أولى اعتبارًا للثابت بالبينة بالثابت معاينة، وكذلك الجواب فى العتق والتدبير إذا أرّخا، وتاريخ أحدهما أسبق يقضى لأسبقهما تاريخًا اعتبارًا للثابت بالبينة بالثابت معاينة.

وإذا أقام عبد البينة، أن مولاه أعتقه وهو ينكر ذلك، أو يقر، وأقام آخر بينة أنه عبده قضى للذى أقام البينة أنه عبده؛ لأن شهود العتق شهدوا بعتق باطل؛ لأنهم لم يقولوا: فى شهادتهم، وفلان يملكه، والملك لفلان لا يثبت من غير شهادة، والعتق بلا ملك عتق باطل، فصار وجود هذه البينة والعدم بمنزلة، ولو عدم هذه البينة لكان يقضى

للذى أقام البينة أنه عبده ، كذا ههنا .

وكذلك لو شهدوا أن فلانًا أعتقه وهو فى يده يقضى للذى أقام البينة أنه عبده ، كذا ههنا ؛ لأن نفوذ العتق يعتمد الملك دون اليد ، والشهود لم يشهدوا له بالملك ، وإن شهد شهود العبد أن فلانًا أعتقه وهو يملكه ، وشهد شهود الآخر أنه عبده ، قضى ببينة العتق ؛ لأن إثبات العبد الملك لمعتقه كإثبات المعتق الملك لنفسه بنفسه .

ولو أن المولى أقام بينة ، أنه عبده ، أعتقه ، وأقام رجل آخر بينة أنه عبده قضى ببينة العتق ؛ لأن البينتين استويا فى إثبات الملك ، وفى أحدهما زيادة إثبات العتق[1] ، كذا ههنا ، وكذلك لو أقام العبد أن فلانًا ، دبّره ، وهو يملكه ، وأقام الآخر[2] بينة أنه عبده ، قضى ببينة التدبير كما لو أقام المولى بنفسه بينة أنه عبده دبره ، وأقام الآخر بينة أنه عبده ، يقضى ببينة المولى .

ولو أقام العبد بينة أن فلانًا كاتبه وهو يملكه ، وأقام الآخر بينة أنه عبده يقضى للذى أقام البينة أنه عبده ، ألا ترى أنه لو أقام الذى فى يديه بينة أنه ملكه كاتبه ، وأقام الآخر بينة أنه عبده قضى للذى أقام البينة أنه عبده ، كذا ههنا ، فقد فرق بينما إذا ادعى صاحبه اليد لنفسه الملك مع الكتابة ، وادعى الخارج لنفسه ملكًا مطلقًا ، وبينما إذا ادعى صاحب اليد لنفسه الملك مع الإعتاق أو التدبير ، وادعى الخارج ملكًا مطلقًا .

والفرق : أن دعوى التدبير من ذى اليد بمنزلة دعوى النتاج من حيث المعنى ؛ لأنه يوجب الولاء ، والولاء كالنسب ، والنسب فى معنى النتاج ، ولو ادعى صاحب اليد النتاج حقيقة ، وادعى الخارج ملكًا مطلقًا ، وأقاما البينة ، كانت بينة صاحب اليد أولى ، أما دعوى الكتابة من ذى اليد فليس بمنزلة دعوى النتاج ، لا من حيث الحقيقة ، ولا من حيث المعنى ؛ لأن الكتابة ليست سببًا للولاء فى الحال ، ولهذا يقبل الفسخ ، فيكون بمنزلة دعوى البيع والإجارة ، وبدعوى صاحب اليد الإجارة أو البيع لا يترجح ببينته على بينة الخارج فى دعوى الملك ، كذا ههنا .

---

(١) هكذا فى "ظ" ، وفى الأصل سقوط من قوله : "زيادة إثبات . . ." إلى قوله : "أنه عبده" .

(٢) فى نسخة "ظ" : رجل آخر .

ومما يتصل بمسائل العتق:

١٦٨٠٤- عبد فى يدى رجل، أقام رجل البينة أنه له أعتقه، وأقام آخر البينة أنه حر الأصل، وأنه والاه وعاقده، فصاحب الموالاة أولى، ذكره فى دعاوى "المنتقى".

١٦٨٠٥- وفيه أيضًا: عبد فى يدى رجل أقام رجل بينة أنه له أعتقه وهو يملكه، وأقام آخر بينة أنه أعتقه وهو يملكه، فإن ادعى العبد عتق أحدهما فبينته أولى، وإن كذبهما جعلت ولاءه بينهما نصفين، ولو أقام كل واحد منهما بينة أنه أعتقه على ألف درهم وهو يملكه، لم يلتفت إلى تصديق العبد وتكذيبه، وقضيت بولاءه بينهما، ولكل واحد منهما عليه ألف درهم، وإن ذكر إحدى البينتين مالا، ولم يذكر الآخر مالا، فالبينة بينة المال، وولاءه له، ولا أبالى أصدّقه العبد أو كذبه.

١٦٨٠٦- وفيه أيضًا: شاهدان شهدا على رجل أنه غصب هذا عبدًا وأن مولاه أعتقه، وقال المشهود عليه بالغصب: ما غصبه عبدًا ولا أعتقه والعبد حى، فإنى أقضى بعتق العبد، وأبرى الغاصب عن الضمان، وإن لم يدّع الغاصب ذلك، علل، فقال: لأن العتق حق العبد يدعيه، ويقوم به، فأعتقه بالشهادة.

١٦٨٠٧- وفى "نوادر ابن سماعة" عن محمد: رجل فى يديه عبد ادعى ابن له، وأقام البينة أن أباه تصدق به عليه، وهو صغير فى عياله، وأقام العبد بينة أن الأب قد أعتقه، قال: أقبل بينة العتق، ولو شهدوا أنه تصدق به أو وهبه لابنه الكبير هذا، وقبضه وعاينوا قبضه إياه، وشهد شهود العبد أنه أعتقه، ولم يوقتوا أجزت الصدقة وأبطلت العتق.

١٦٨٠٨- وفى "المنتقى": رجل شهد على رجل أنه أعتق غلامه وهو مريض، وقال الوارث: كان يهذى حين دخل عليه الشهود، ولم يقر الوارث بالإعتاق، قال: القول قول الوارث حتى شهد الشهود أنه كان صحيح العقل، ولو أقر الوارث بالعتق إلا أنه ادعى أنه كان يهذى، فالقول قول الغلام، وهو حر حتى يقيم الوارث البينة أنه كان يهذى.

ومما يتصل بمسائل العتق

إذا وقع الاختلاف بين المعتق[1] والمعتق:

١٦٨٠٩- بشر عن أبى يوسف : رجل أعتق أمة ، ثم ادعى المولى ولدها ، وقال : أعتقتها بعد ما ولدت هذا الولد ، والولد عبدى ، وقالت الأمة : بل أعتقنى قبل أن ألده ، فالقول قول من كان الولد فى يده ، وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف ، وقد مرت المسألة فى كتاب العتاق ، وإن كان فى أيديهما جميعًا ، فهو حر ، وكذلك إذا اختلفا فى متاع فى يده ، فالقول قولها ، وإن أقاما البينة ، فالبينة فالبينة بينة الأمة فى المسألتين جميعًا .

١٦٨١٠- وفى كتاب الأقضية : رجل قدم بلده ومعه رجال ونساء وصبيان يخدمونه وهم فى يده ، فادعى أنهم رقيقه ، وادعوا أنهم أحرار ، فالقول قولهم ما لم يقروا له بالملك بكلام أن يبيع أو يقوم بينة عليهم ، قالوا : وإن كانوا من السند ، أو الترك ، أو الهند ، أو الروم ؛ لأنهم فى دار الإسلام وقت الخصومة ، ودار الإسلام دار الأحرار ، فمن ادعى الحرية فيه ، فقد تمسك بالأصل ، وكان القول قوله ، وإن كان من جنسه أرقاء ، فلهذا كان القول قولهم إلا إذا باعهم ، وقد انقادوا للبيع والتسليم ؛ لأن ذلك منهم بمنزلة الإقرار بالرق ، أو يقوم البينة عليهم بالرق ، فلا يقبل قولهم فى الحرية بعد ذلك ، هكذا ذكر تأويله إذا جاء بهم غير مقهورين ، أما إذا كانوا مقهورين من جهته ، فلا يقبل قولهم : إنهم أحرار .

١٦٨١١- ادعى رجل حرية الأصل ، ولم يذكر اسم أمه واسم أب أمه يجوز ؛ لأنه يجوز أن يعلق الإنسان حر الأصل وأمه تكون رقيقة ، ألا ترى أن من استولد جارية نفسه ، فالولد يعلق حر الأصل والأم رقيقة ، وولد المغرور حر الأصل والأم رقيقة .

١٦٨١٢- مات الرجل وعليه ديون ، ولم يترك إلا جارية وفى حجرها ولد ، فادعت أنها أم ولد الميت ، وأن هذا من الميت ، لا يقبل قولها من غير بينة تقوم على إقرار المولى فى حياته أنها أم ولد ، وفيه نوع إشكال : ينبغى أن تقبل بينتها إذا كان معها ولد بناء على أن الأمة تنصب خصمًا عن ابنه فى إثبات النسب من الأب على ما يأتى بيانه بعد هذا -إن شاء الله تعالى- وإذا انتصب خصمًا عنه صار إقامتها البينة على نسب الغلام

---

(١) هكذا فى ظ ، وكان فى الأصل وف وم : "بين العتق والمعتق" .

كإقامة الغلام لو كان بالغا ، ولو كان الابن بالغا وأقام البينة أنه ابن هذا الرجل الميت أليس أنه يثبت نسبه منه ، فكذا ههنا ، وإذا ثبت نسب الغلام ثبت فى حقها بطريق التبعية بخلاف ما إذا لم يكن معها ولد ؛ لأن هناك لو قبلنا بينتها قبلنا على إثبات حقها مقصوداً ، وحقها فى هذا الباب ليس بمقصود ، ولو شهدت الورثة أنها أم ولد الميت ، قبلت شهادتهم ، ولا سبيل للغرماء عليها -والله أعلم- .

الفصل الخامس
في دعوى البيع والشراء

١٦٨١٣- إذا كانت الدار في يدي رجل، وادعى رجل أنه اشترى هذه الدار من زيد، وأقام على ذلك بينة، وذو اليد أقام البينة أنه اشتراها من زيد، والمدهى هو الأول، أي تاريخ الخارج أول، فإنه يقضي بها للخارج، وقد مرت المسألة من قبل، فقد قيل: البينة من الخارج وإن قامت على البائع غائب إنما[1] قبلها؛ لأنها قامت على خصم حاضر؛ لأن الذي في يديه الدار يدعي الملك لنفسه، ومن ادعى شراء على غائب، والعين في يد الحاضر، والحاضر يدعي الملك لنفسه، ينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب، عرف ذلك في مواضع كثيرة.

وإذا قضينا بالشراء للخارج، هل للخارج أن يقبض الدار من صاحب اليد؟ فالمسألة على ثلاثة أوجه: إما أن يثبت نقدهما الثمن عند القاضي بإقرار البائع، أو بمعاينة القاضي، أو لم يثبت نقدهما، أو يثبت نقد أحدهما الثمن دون الآخر، فإن ثبت نقدهما الثمن عند القاضي، فإنه يسلم الدار إلى الخارج؛ لأن الشراء أثبته بينة الخارج لما ذكرنا، ونقده الثمن ثبت عند القاضي بإقرار البائع، أو بالمعاينة، فيمكنه القاضي من قبض الدار، ولا يكون لذي اليد أن يحبس الدار حتى يستوفي ما نقد للبائع، وإن ثبت نقده الثمن عند القاضي؛ لأن ما نقد ذو اليد للبائع صار دينًا له على البائع عند الاستحقاق، وما في يده من الدار ملك غير المديون، ولو كان ملك المديون لم يكن له أن يحبسها لحقه، فههنا أولى.

وإن لم يثبت نقد واحد منهما الثمن بإقرار البائع، أو بالمعاينة، فإن القاضي لا يسلم الدار إلى الخارج، حتى يستوفي الثمن منه، وذلك لأن القاضي نصب ناظرًا للمسلمين، وكما نظر للخارج وسمع بينته على الشراء يجب أن ينظر للغائب ويستوفي منه الثمن، ثم يأمره بقبض الدار.

---

(١) هكذا في ف وم، وكان في الأصل: "أنا" وكان في ظ: "أفاء".

وإن ثبت نقد أحدهما عند القاضى إما بإقرار البائع، أو بالمعاينة إن ثبت نقد الخارج، فإنه يسلم الدار إليه؛ لأنه ثبت الشراء بالبينة، ونقده الثمن بإقرار البائع، أو بالمعاينة، فيسلم الدار إليه، ولا يكون لذى اليد شىء؛ لأنه لم يثبت نقده الثمن للبائع عند القاضى، والمشترى لا يجب له على البائع شىء عند الاستحقاق إذا لم يكن نقد الثمن.

فأما إذا ثبت نقد ذى اليد بإقرار البائع، أو بمعاينة القاضى، ولم يثبت نقد الخارج، فإن القاضى لا يسلم الدار إليه حتى يستوفى منه الثمن؛ لأنه وإن ثبت الشراء عند القاضى لم يثبت نقد الثمن والمبيع لا يسلم للمشترى إلا بعد نقد الثمن، فيستوفى الثمن منه، ثم هل يعطى ذااليد مما قبض من الثمن من الخارج ما وجب لذى اليد على البائع من الدين عند الاستحقاق؟ فأما[1] إن كان الثمنان من جنسين مختلفين، فإنه لا يعطى شيئًا، وذلك لأن البائع إن كان حاضرًا لم يكن له أن يأخذ ذلك بغير رضى البائع، فكذا إذا كان غائبًا، لا يكون للقاضى أن يعطيه، فأما إذا كانا من جنس واحد، فإنه يعطيه مما قبض تمام حقه، ثم إن فضل شىء أمسكه على البائع، وإن بقى[2] من دين ذى اليد شىء اتبع البائع إذا حضر وذلك لأن القاضى علم بوجوب دين ذى اليد على البائع وما قبض جنس حقه، فكان له أن يعطيه ذلك بغير رضى البائع، ألا ترى أنه لو كان البائع حاضرًا كان له أن يأخذ بغير رضاه، فكذلك ههنا.

هذا إذا ثبت نقد ذى اليد بإقرار البائع عند القاضى أو بالمعاينة، فأما إذا أراد ذواليد أن يقيم البينة على نقده الثمن للبائع، فإنه لا يسمع بينته؛ لأنه يقيم البينة على غائب بإثبات دين عليه، وليس على الغائب خصم حاضر، فلا تسمع بينته؛ لأن القضاء على الغائب بالبينة باطل، وكان بمنزلة رجل قال: أنا أقيم البينة على غائب أن لى عليه دين، حتى أخذه من وديعة له عند فلان، أو قالت المرأة: أنا أقيم البينة على أنها امرأة فلان الغائب لأخذ النفقة من مال له وديعة عند فلان، فإنه لا يسمع بينتها؛ لأنها بينة قامت على الغائب، وليس عنه خصم حاضر، فلم تسمع، فكذلك هذا.

---

(١) لفظ: "أما" موجود فى الأصل فقط، لا فى غيره من النسخ.

(٢) من قوله: "وإن بقى. . ." إلى قوله: "على البائع" ليس فى الأصل أى فى نسخة "ب".

ولو كانت الدار فى يدى ذى اليد بهبة، أو صدقة، أو بيع، لم ينقد الثمن، فأقام هذا بينة أنه اشتراها من زيد قبله دفعتها إليه، وأخذت منه الثمن للبائع ؛ لأنه ثبت بشراء الخارج أولا، ولم يثبت نقد الثمن، فكان للقاضى أن يستوفى الثمن للبائع[1]، ولا يعطى ذا اليد من ذلك شيئًا ؛ لأن ذا اليد موهوب له، أو متصدق عليه، أو مشترٍ لم ينقد الثمن ولا يثبت لواحد من هؤلاء حق الرجوع على المالك عند الاستحقاق.

١٦٨١٤- قال : وإذا باع الرجل جارية من رجل، ثم غاب المشترى، ولا يدرى أين هو؟ فرفع البائع الأمر إلى القاضى، وطلب منه أن يبيع الجارية، ويوفى ثمنه، فإن القاضى لا يجيبه إلى ذلك قبل إقامة البينة ؛ لأنه يدعى حقاً على الغائب، وليس عنه خصم حاضر، ولأنه يجوز أن يكون غاصبًا لهذه الجارية احتال بهذه الحيلة ؛ ليبرئ نفسه عن ضمانها، ويسقط النفقة عن نفسه، فلا يتعرض القاضى لما قاله البائع من غير بينة. ولأنه يدعى إيجاب حفظ على القاضى فى هذا المال ؛ لأنه يزعم أنه مال الغائب، وأنه مما يخشى عليه التلف، وعلى القاضى حفظ مال الغائب إذا كان يخشى عليه التلف، فكان على القاضى أن لا يلتزم الحفظ إلا ببينة.

وهو نظير رجل جاء بدابة إلى القاضى، وقال : هذه لقطة فبعها، فإن القاضى لا يبيعها حتى يقم البينة على ذلك ؛ لأنه يدعى إيجاب حفظ على القاضى، فكان للقاضى أن لا يصدقه إلا ببينة، كذا ههنا.

قال : فإن أقام البينة على ذلك ذكر أن القاضى يبيع الجارية على المشترى، وينقد الثمن على البائع، واستوثق من البائع بكفيل ثقة، وهذا الذى ذكر جواب الاستحسان. والقياس أن لا تسمع هذه البينة ولا يبيع الجارية على المشترى، نص على هذا القياس والاستحسان فى "الجامع الكبير" فى كتاب الإجارات فى باب الاختلاف بين اثنين فى نظير هذه المسألة.

وجه القياس فى ذلك ظاهر أن هذه بينة قامت على إثبات حق على الغائب، وليس عن الغائب خصم حاضر، لا قصدى، ولا حكمى، فوجب أن لا تقبل قياسًا على ما إذا كان يعرف مكان المشترى، وقياسًا على من أقام بينة على إثبات حق على

---

(١) هكذا فى ظ وم، وكان فى الأصل وف : "أن يستوفى الثمن منه نظرًا للغائب ولا يعطى ذا اليد".

غائب لا يعرف مكانه لينزع شيئًا مما فى يد الغائب، فإن فى هاتين الصورتين لا تقبل هذه البينة، وإنما تقبل هذه البينة؛ لما قلنا.

وجه الاستحسان: أن البائع عجز عن الوصول إلى الثمن من جهة المشترى إذا كان لايعرف مكانه، وعجز عن الانتفاع بالمبيع؛ لأنه مال غيره، واحتاج إلى أن ينفق عليه ما لم يحضر المشترى [لأن نفقة المبيع على البائع إلى أن يسلم المبيع إلى المشترى][1]، وربما يأتى النفقة على الثمن وزيادة متى انتظر القاضى حضور المشترى، فمتى لم تسمع هذه البينة من البائع ادعى إلى إبطال حقه، والقاضى نصب ناظرًا لإحياء حقوق الناس، فكان للقاضى أن يسمع هذه البينة ليدفع الضرر والبلية التى ابتلى بها البائع؛ لأن على القاضى دفع البلية عن الناس ما أمكنه، بخلاف ما إذا كان يعرف مكان البائع؛ لأنه كان يمكنه دفع الضرر والبلية عن البائع بأن يأمره بالذهاب إلى حيث كان المشترى، وإقامة البينة عليه، وبخلاف ما إذا ادعى حقا على غائب، ولا يعرف مكانه، وأراد أن يقيم البينة على ذلك لينزع شيئًا من مال الغائب، فإن القاضى لا يسمع ذلك منه، وذلك لأن القياس فى مسألة البيع أن لا يسمع البينة على الغائب؛ لأنه ليس عنه خصم حاضر إلا إنا تركنا القياس فيها بإجماع العلماء على ذلك، فإنّا والشافعى أجمعنا أن فى هذه المسألة يسمع بينة البائع إذا كان لا يعرف مكان المشترى، وما ثبت بالإجماع بخلاف القياس لا يقاس عليه غيره، والإجماع المنعقد فى هذه المسألة لينفع البلية التى ابتلى بها البائع، وليس فى قبولها إزالة يد الغائب عما فى يده؛ لأن حق الغائب إنما يستوفى من الجارية التى فى يده لو ادعى أنها له، كان القول قوله، لا يكون إجماعًا إذا قامت البينة على انتزاع مال فى يد الغائب، وفى ذلك إزالة ملك الغائب ويده حتى لو ادعى المدعى ذلك لنفسه لا يصدق فى ذلك؛ لأنه ليس فى يده، فرد هذا إلى ما يقتضيه القياس، فإنما إذا استحسنوا إذا كان المدعى لا يدعى انتزاع شىء مما فى يد الغائب، وإنما يدعى إبقاء حقه من المال الذى فى يده.

ثم إذا باع القاضى الجارية ذكر أنه يوفى البائع ثمنه، وليس طريق الإيفاء أنه ثبت بما أقام البائع من البينة الدين على المشترى، ولكن طريقه أن فى الإيفاء حفظ الثمن على

---

(١) مابين القوسين فى الأصل فقط لا فى غيره.

الغائب ؛ لأنه يصير مضمونًا على القابض بالمثل ، فيكون بمعنى القرض ، وللقاضى أن يقرض مال الغائب لما فيه من زيادة حفظ ليس فى الإيداع ، فكذا هذا ، والدليل على أن البيع وإيفاء الثمن كان على سبيل الحفظ من القاضى لا على سبيل القضاء أنه لو فعل ذلك من غير بينة أقامها الحاضر بأن يعرف ذلك من الناس كان له ذلك .

وكذا لو فعل القاضى ذلك بعد إقامة البينة ، ثم جاء الغائب ، وجحد الشراء ، وقال : الجارية جاريتى من الأصل ، يحتاج البائع إلى إقامة البينة ثانيًا ، ولو فعل القاضى ذلك على وجع القضاء ، صار الغائب مقضيًا عليه بالشراء ، ولو صار مقضيًا عليه بالشراء لكان لا يلتفت إلى إنكاره بعد ذلك مع هذا صح إنكاره ، عرف أن ما فعله القاضى فعله على سبيل الحفظ لا على سبيل القضاء ، وللقاضى ولاية الحفظ فى مال الغائب .

ثم إذا باع القاضى الجارية ، وأوفى البائع حقه ، فإنه يأخذ منه كفيلا ثقة لجواز أنه أخذ الثمن من المشترى مرة ، فمتى حضر المشترى احتاج إلى أن يرجع على البائع بالثمن ، وربما لايجد البائع ، فيأخذ كفيلا نظرًا للمشترى حتى إن تعذر عليه اتباع البائع اتبع الكفيل ، فيستوفى من الكفيل ، ثم إن كان فيه وضيعة فعلى المشترى ، وإن كان فيه فضل فللمشترى ؛ لأن بيع القاضى وله ولاية البيع على المشترى من الوجه الذى ذكرنا كبيع المشترى .

ولو أن المشترى باع الجارية بنفسه إن كان فيه وضيعة يكون على المشترى ؛ لأن الدين على المشترى ، وقد أدى البعض ، ولم يؤدّ البعض ، فإن لم يؤد يكون دينًا على المشترى ، فكذا إذا باعه القاضى ، وإن كان فيه فضل فله ؛ لأنه بدل ماله ، فيكون له .

ثم وضع المسألة فى الجارية ، ولم يضع فى الدار ، ويجب أن يقال : بأنه فى الدار لايتعرض القاضى لذلك ، ولا يبيع الدار ؛ لأن القياس أن لا يبيع الجارية على المشترى ، وإنما يبيعها استحسانًا ، إما لدفع البلية عن البائع ، وهو إسقاط النفقة عنه ، وإنما يحتاج إلى النفقة إذا كان حيوانًا ، أو للحفظ على الغائب ، وإنما يحتاج إلى الحفظ إذا كان المبيع شيئًا يخاف فيه التلف ، كالجارية ونحوها دون العقار ، وإنها محصّنة[1] بنفسها ، وإن كان

---

(١) وفى الأصل : "مختصة" .

يعرف مكان المشترى، فإنه ليس للقاضى أن يبيع الجارية، وإن أقام البائع البينة على ذلك، فرق بين هذا وبينما إذا كانت الجارية آبقة، فادعى الذى فى يده الجارية أنها آبقة، وأقام البينة على ذلك، وطلب من القاضى بيعها، أو كانت وديعة، أو ضالة كالبعير والبقر، وطلب من القاضى أن يبيع ذلك، أو يأمره بالنفقة على حسب ما يرى الأصلح للغائب، والقاضى يعرف مكانه، إن كان يرجو قدومه عن قريب أمر بالنفقة، حتى لا يزول العين عن ملكه، وإن كان القاضى لايرجو قدومه عن قريب، وخاف أنه متى أمر الذى فى يديه الجارية بالنفقة أنها تأتى[1] على قيمة الجارية ببيع الجارية، وذلك لأن نفقة الآبقة والوديعة على ربها، فمتى لم يبع أتى النفقة على جميع ماله، فيهلك ماله، وعلى القاضى أن يدفع الهلاك عن أموال الناس ما أمكنه، وكان النظر للغائب أن يبيع، وههنا النظر للغائب فى أن لا يبيع حتى لا يزول العين من ملكه؛ لأن نفقة المبيع على البائع إلى أن يحضر المشترى فيقبض. وإذا هلكت كانت مضمونة عليه، فالنظر للغائب أن لا يبيع إذا كان يعرف مكانه، ولكن يأمره بطلب المشترى، وهذا إذا جاء المشترى، وأقر بذلك، فأما إذا أنكر الشراء احتاج البائع إلى إقامة البينة على المشترى ثانيًا؛ لأن البيع لم يثبت بما أقام من البينة؛ لأن لم يكن عنه خصم حاضر.

قال أبو حنيفة: إذا كانت الدار فى أيدى ورثة وأحدهم غائب، فادعى أحدهم أنه اشترى نصيب الغائب، هل تقبل هذه البينة على بقية الورثة الذى فى أيديهم الدار؟ فهذا على وجهين: إما أن تكون بقية الورثة الذين فى أيديهم الدار مقرين بنصيب الغائب، أو كانوا منكرين نصيب الغائب، فإن كانوا مقرين بنصيب الغائب، فإنه لا تقبل بينة؛ لأنها قامت على إثبات الشراء على الغائب، وليس عنه خصم حاضر، وإنما قلنا: ليس عن الغائب خصم حاضر؛ لأن أحد الورثة إنما ينتصب خصمًا فيما يستحق للميت، ويستحق عليه، فأما فيما يستحق على أحدهم لا ينتصب البعض خصمًا عن البعض، على ما يأتى بيانه -إن شاء الله تعالى-.

وإن كانوا منكرين تسمع هذه البينة، ويثبت الشراء على الغائب حتى لو حضر لا يكلف المدعى إعادة البينة؛ لأنه أقام البينة على الغائب فى إثبات الشراء، وعنه خصم

(١) هكذا فى تصحيح ظ، وكان فى المتن: "تربى"، وفى م: "ترمى".

حاضر جاحد، فيسمع هذه البينة، كما لو كان الغائب وكله بالخصومة، وإنما قلنا: ذلك، وذلك لأنه ادعى حقّا على الحاضر بسبب على الغائب، وقد جحد الحاضر ما ادعى المدعى، وصح جحوده؛ لأن اليد له، فينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب كعبد قطع يد رجل، وادعى المقطوع يده أن مولاه أعتقه، وأنكر العبد ذلك، انتصب العبد خصمًا عن المولى فى إثبات العتق عليه؛ لأن المقطوع يده ادعى حقّا على الحاضر، وهو العبد بسبب على الغائب، وهو المولى، فانتصب الحاضر خصمًا عن الغائب، فكذلك هذا.

١٦٨١٥- قال محمد فى "الزيادات": رجل فى يديه دار اشتراها رجل من غير ذى اليد بعبد، وسلّم العبد إليه، ثم خاصم المشترى صاحب اليد فى الدار، فأخذها منه بهبة، أو صدقة، أو شراء، أو وديعة، أو غصب، أو ما أشبه ذلك، فليس له على العبد سبيل؛ لأن فى زعمه أن القبض مستحق له بجهة الشراء، والمستحق بجهة يقع عن جهة المستحق، وإن أوقعه الموقع لجهة أخرى، فوقع هذا القبض بجهة الشراء، وسلّم الدار للمشترى بجهة الشراء، ولا يكون له على العبد سبيل، أورد هذه المسألة لتبين أن المشترى إذا وصل إلى المشترى يعتبر وصوله بجهة الشراء، وصل إليه من جهة البائع أو من جهة غيره، فإن جاء صاحب اليد واسترد الدار من يد المشترى، بأن كان فى يد المشترى بسبب الغصب أو بسبب الوديعة، فالمشترى يرجع على البائع بالعبد.

فإن قيل: المستحق بالشراء أصل القبض لا إدامته، وبالاسترداد ينعدم إدامة القبض لا أصله. قلنا: بلى إلا أن قبض المشترى نقض بسبب سابق على عقده، فارتفع قبضه من الأصل، وصار كأن لم يكن، ولو انعدم القبض من الأصل، رجع المشترى على الباع بالعبد، فههنا كذلك.

قال: ولو كان مكان الدار جارية اشتراها بالعبد، فوصلت إلى يد المشترى بالأسباب التى ذكرنا، ثم هلكت فى يده لا يكون له على العبد سبيل؛ لأنه قبضها بجهة المستحق، وتقرر القبض بالهلاك، ولا يكون له بعد ذلك على العبد سبيل إلا فى صورة، وهو أن الجارية لو كانت غصبًا فى يد المشترى جاء ذو اليد، وضمّنه قيمتها بحكم الغصب، كان له أن يرجع على البائع بالعبد؛ لأن أخذ القيمة كأخذ العين لكون

القيمة بدلا عن العين، ولو كانت الجارية قائمة في يد المشترى، وأخذ صاحب اليد عينها، أليس أن المشترى يرجع على البائع بالعبد؟ فههنا كذلك.

وكذلك لو كانت الجارية غصبًا في يد المشترى، فأبقت، فجاء صاحب اليد، وضمن المشترى قيمتها، رجع المشترى بالعبد على البائع لما قلنا، فإن عادت من الإباق، عادت على ملك الغاصب، وهو المشترى، عرف ذلك من مذهبنا، والعبد سالم للمشترى، لا سبيل لبائع الجارية عليه؛ لأن القاضى نقض البيع بينهما حيث قضى له بالرجوع بالعبد، فلا يكون لبائع الجارية على العبد سيل يبقى هذا القدر أن الجارية قد سلمت للمشترى، إلا أنها سلمت له بحكم أداء الضمان، لا بحكم البيع، فلا يمنع ذلك سلامة العبد له.

١٦٨١٦- رجل اشترى من آخر دارًا بعبد، والدار في يدى غير البائع، وصاحب اليد يدعى أنها له، فخاصم المشترى صاحب اليد، فلم يقض له بشيء، وطلب المشترى من القاضى أن يفسخ العقد بينهما لعجز البائع عن التسليم، أجابه إلى ذلك؛ لما مرّ قبل هذا، فإن فسخ العقد بينهما، وأمر البائع يرد العبد على المشترى، ثم وصل الدار إلى يد المشترى يومًا من الدهر بسبب من الأسباب، فالفسخ ماضٍ حتى لا يؤمر المشترى برد العبد على البائع، وإنما كان كذلك؛ لأن القاضى إنما فسخ العقد بينهما باعتبار عجز البائع عن التسليم، وبوصول الدار إلى يد المشترى بعد ذلك بسبب من الأسباب لا يتبين أن العجز لم يكن، فلا يتبين أن الفسخ لم يكن نافذًا، وهل يؤمر المشترى بتسليم الدار إلى البائع لإقراره للبائع بالدار حين اشترى الدار منه؟ ينظر إن كان المشترى صرّح بالإقرار له وقت الشراء، يؤمر لأنه أقر بما لم يملك، ثم ملكه، فيؤمر بالتسليم إليه، وإن لم يصرح بالإقرار له، ذكر ههنا: أنه لا يؤمر، فعلى رواية هذا الكتاب: لم يجعل الإقدام على الشراء إقرارًا يكون المشترى ملكًا للبائع.

وذكر في "الجامع": أن الإقدام على الشراء إقرار بصحة الشراء ولا صحة للشراء إلا بصحة البيع، ولا صحة للبيع إلا بملك البائع، فصار الإقدام على الشراء إقرارًا بملك البائع من هذا الوجه.

وجه ما ذكر ههنا: أن صحة الشراء لا تعلق لها بالملك لا محالة، فإن الشراء كما

يصح من المالك يصح من غير المالك، إما بإنابة المالك كالوكيل والرسول، أو بإنابة الشرع كالوصى، فلم يكن الإقدام على الشراء إقراراً بالملك لهذا، والصحيح ما ذكر فى "الجامع": أن الإقدام على الشراء إقرار بالملك للبائع على اعتبار الأصل؛ لأن الأصل تصرف الإنسان لنفسه، لكن مع أن الصحيح ما ذكر فى "الجامع": لا يؤمر بتسليم الدار ههنا باتفاق الروايتين؛ لأن هذا ليس بإقرار مصرح، بل هو إقرار فى ضمن الشراء، وقد انتقض الشراء ههنا، فينقض ما ثبت فى ضمنه، وليس كالإقرار المصرح؛ لأن الإقرار هنهاك حصل ابتداء لا فى ضمن الشراء، فانتقاض الشراء لا يوجب انتقاض الإقرار، فبقى كما كان، فعلى قود[1] هذا التعليل إذا استام عينًا من آخر، واستباعه فلم يتفق بينهما بيع، ثم وصل إليه ذلك العين يومًا من الدهر يؤمر بالتسليم إلى الذى استامه واستباعه منه؛ لأن الإقرار هناك وإن حصل فى ضمن الاستيام والاستباعة، إلا أنه لم يرد عليهما نقض، حتى ينتقض الإقرار الثابت فى ضمنها، فبقى الإقرار كما كان.

١٦٨١٧- رجل اشترى من آخر داراً بعبد وتقابضا، ثم استحق نصف الدار كان مشترى الدار بالخيار؛ لأنه تفرقت الصفقة عليه، وهذا التفريق أوجب عيبًا فى الباقى، إذ الشركة فى الأعيان عيب، فيكون له الخيار إن شاء، أخذ نصف الدار بنصف العبد، وإن شاء، ترك، ولايكون لمشترى العبد الخيار، وإن تفرقت الصفقة عليه، وتغيب الباقى بعيب الشركة؛ لأن هذا العيب إنما كان بسبب تدليس من جهته، وهو بيع كل الدار مع عمله أنه لا يملك إلا النصف، فلا يبقى مستحقًا للنظر، وعلى هذا إذا استحق نصف العبد كان لمشتريه الخيار، فإن اختار أخذ نصف العبد بنصف الدار، لا خيار لمشترى الدار؛ لما قلنا.

وإن استحق نصف العبد ونصف الدار، ذكر فى الكتاب أن كل واحد من المشتريين بالخيار إن شاء أخذ، وإن شاء، ترك لوجود علة الخيار فى البدلين، وهو الشركة، وإن لم يبين قدر المأخوذ، وقدر المتروك من أصحابنا من قال: مشترى الدار بالخيار إن شاء، أخذ ربع العبد بربع الدار، وإن شاء، ترك.

ووجه ذلك: أنه استحق من كل واحد من البدلين نصفه إلا إن النصف المستحق

---

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل: "فبقى كما كان، فبقى فرق هذا التعليل".

من الدار لا يكون بإزاء النصف المستحق من العبد، وغير المستحق من الدار بإزاء غير المستحق من العبد، بل النصف الذى هو المستحق من الدار يقابله نصف العبد شائعًا من المستحق ومن غير المستحق، فيجعل الدار والعبد كل واحد منهما أرباعًا، فإذا استحق ربعا الدار يقابله من العبد ربع مستحق وربع غير مستحق، فإذا انفسخ العقد فى الربع المستحق من العبد ينفسخ فيما يقابله من الدار وهو ربع الدار، فانفسخ العقد فى ثلاثة أرباع العبد، وفى ثلاثة أرباع الدار، وبقى العقد فى ربع العبد وربع الدار، فلهذا قال كل واحد منهما بالخيار إن شاء أخذ الربع بالربع وإن شاء، ترك، وبعض أصحابنا قالوا : كل واحد منهما بالخيار إن شاء، أخذ النصف بالنصف، وإن شاء، ترك؛ لأن كل واحد منهما باع ما يملك وما يملك، فيصرف بيع كل واحد منهما إلى ما يملك[1] طلبًا للجواز كعبد بين اثنين باع أحدهما نصفه ينصرف ذلك إلى النصف الذى هو ملكه، وطريقه ما قلنا.

وإن لم يختر واحد منهما شيئًا حتى جاء المستحق لنصف العبد، وسلم ذلك النصف إلى مشترى العبد بهبة أو صدقة يبطل خيار مشترى العبد؛ لأنه استحق جميع العبد بالعقد، وقد سلم له جميع العبد بالعقد نصفه من بائع العبد، ونصفه من المستحق، وقد بينا أن المستحق بجهة إذا وقع يقع عن جهة المستحق سواء وقع من جهة المستحق عليه أو من جهة غيره، ويكون الخيار لمشترى الدار إذا لم يسلم له جميع ما استحق من الدار -والله أعلم- .

(١) هكذا فى الأصل وف وم، وكان فى ظ : "ما لا يملك".

الفصل السادس
فى الاستحقاق وما هو فى معنى الاستحقاق
وما يجب اعتباره فى هذا الفصل، وما لا يجب

١٦٨١٨- واستحقاق المبيع على المشترى يوجب توقف العقد السابق على إجازة المستحق، ولايوجب نقضه فى ظاهر الرواية، وقد ذكرنا فى كتاب البيوع أن استحقاق المشترى على المشترى يوجب الرجوع بالثمن على البائع إذا كان الاستحقاق بسبب سابق على الشراء؛ لأن البيع معاوضة، ومبنى المعاوضة على التساوى، والمساواة فيما قلنا، وإذا كان الاستحقاق بسبب متأخر عن البيع لا يوجب الرجوع بالثمن على البائع؛ لأن الواجب على البائع إثبات يدى المشترى على المشترى لا إدامة يده لعجز البائع عن ذلك.

وهذا الفصل يشتمل على أنواع:

١٦٨١٩- الأول: إذا ادعى المشترى استحقاق المشترى، وأراد الرجوع على البائع بالثمن لا بد وأن يفسر الاستحقاق، ويبين سببه لما ذكرنا أن الاستحقاق، إنما يوجب الرجوع بالثمن على البائع إذا كان الاستحقاق بسبب سابق على البيع، أما كان إذا كان الاستحقاق بسبب متأخر عن البيع فلا، ولأن دعوى الاستحقاق مطلقًا، كما تحتمل دعوى الاستحقاق بسبب سابق على البيع، بأن كان الاستحقاق بالنتاج، أو بالملك المطلق يحتمل الاستحقاق بسبب الشراء من المشترى، ثم إذا بيّن سبب الاستحقاق وصح ذلك، وأنكر البائع البيع منه، وأقام المشترى البينة على البيع، قبلت بينته، وكان له الرجوع بالثمن، ولا يشترط حضرة المشترى لسماع هذه البينة عند بعض المشايخ، وبه كان يفتى ظهير الدين المرغينانى، بل إذا ذكر حلية العبد وصفاته، وذكر مقدار الثمن كفاه؛ لأن العبد غير مقصود فى هذه الدعوى وفى هذه الشهادة، فلا يشترط حضرته، وعلى هذا العبد إذا تداولته الأيدى، وادعى حريته على المشترى الآخر، ورجع البعض على البعض، لا يشترط حضرة العبد عند الرجوع بالثمن، ويكفى أن تقول شهود: إن العبد الذى أقام البينة على حريته باعه هذا من هذا، وعند

بعضهم يشترط حضرته، ثم إذا قبل بينة المشترى، ورجع المشترى على البائع بالثمن بقضاء القاضى، وأراد البائع أن يرجع على بائعه بالثمن، كان له ذلك، وإن زعم أنه ليس له حق الرجوع لما أنكر البيع، إلا أن القاضى لما قضى عليه بالبيع بالبينة، فقد رد زعمه، والتحق بالعدم، ولو أبرأ البائع المشترى عن الثمن، أو وهبه منه، ثم استحق المبيع من يد المشترى، لا يرجع على بائعه بشيء؛ لأنه لا شيء له على بائعه، وكذلك بقية الباعة لا يرجع بعضهم على البعض.

وإذا استحق المبيع من يد المشترى، وهو لم يؤد الثمن، أو أدى بعضه، يجبر على أداء الثمن فى الفصل الأول، وعلى أداء الباقى فى الفصل الثانى، بخلاف ما إذا طعن المشترى بعيب حيث لا يجبر على أداء الثمن؛ لأن فى فصل العيب لو دفع يسترد ثانيًا لا محالة.

وفى فصل الاستحقاق: لا يسترد ثانيًا لا محالة، لجواز أن القاضى عسى لا يقضى ببينة المستحق، أو يجبر المستحق المبيع. وإذا استحق المبيع من يد المشترى، وأراد المشترى الرجوع بالثمن على بائعه، وأراه السجل، فأقر بالإستحقاق، وقبل السجل، ووعد أن يدفعه الثمن، ثم أبى ذلك، فالقاضى يجبره على دفع الثمن، ولو لم يقر بالإستحقاق، ولكن وعد له دفع الثمن، لا يجبر عليه. فمجرد الوعد لا يلزم شيئًا. وإذا رجع المشترى على بائعه، فصالحه البائع علي شيء قليل كان للبائع أن يرجع علي بائعه بجميع الثمن.

نوع آخر:

١٦٨٢٠- اشترى من آخر عبدًا، وباعه من غيره، ثم إن المشترى الأو ل اشتراه ثانيًا، ثم استحقت الدار من يده، رجع هو على البائع الأول، هكذا حكى فتوى شمس الأسلام محمود الأوزجندى رحمه الله تعالى، هذا الجواب انما يستقيم على الرواية التى تقول فيها أن القضاء بالملك للمستحق يوجب انفساخ البياعات، فخرج بيع المشترى الأول، وشراءه ثانيًا من البين. فصار كأنه لم يبع من غيره. وأما على ظاهر الرواية: القضاء بالملك للمستحق لايوجب انفساخ البياعات، فيبقى بيع المشترى الأول، وشراءه

ثانيًا على حاله، فلا يكون له الرجوع على البائع الأول. فيسمى المشترى الأول زيدًا، ويسمى المشترى منه جعفرًا، فيرجع المشترى الأول، وهو زيد على بائعه، وهو جعفر؛ لأن جعفر بائعه فى الكرة الثانية. ثم يرجع جعفر على زيد؛ لأن زيدًا بايعه فى الكرة الأولى. ثم يرجع زيد على البائع الأول. فقيل: يجب أن يكون الجواب فى الرد بالعيب نظير الجواب فى الاستحقاق حتى إن فى مسألتنا لو وجد المشترى المشترى الأول، وهو زيد بالدار عيبًا قديمًا بعد ما باعه من جعفر، ثم اشتراه ثانيًا من جعفر كان لزيد أن يرده على جعفر ثم يرده جعفر على زيد، ثم يرده زيد على البائع الأول. وهذا؛ لأن حق الرد بالعيب، وإن كان ينقطع بالبيع إلا أن القاضى بالرد على البائع الآخر يفسخ العقد الذى جرى بين المشترى الآخر، والبائع الآخر، فصار كأن لم يكن حتى لو كان الرد من المشترى الآخربغير قضاء لا يكون لبائعه أن يرده على بائعه.

وفى شرح وكالة "الجامع" من تعليقى فى باب قبل باب ما يكون وكالة فى الطلاق على سبيل الاستشهاد، وقبضه: رجل اشترى من رجل عبدًا، وباعه من غيره، و قبضه ذلك الغير، ثم اشتراه من ذلك الغير ثانيًا، ثم اطلع على عيب به، قد كان عند البائع الأول، لم يرده على الذى اشتراه منه؛ لأنه لا يفيد؛ لأنه لو رده عليه كان للمردود عليه أن يرده عليه فى الحال. فلا يفيد الرجوع، ولا يرده على البائع الأول؛ لأن هذا الملك غير مستفاد من جهة البائع الأول. فعلى قياس هذه المسألة: يجب أن يقال فى فصل الاستحقاق: إن زيدًا لا يرجع على جعفر؛ لأنه لا يفيد.

١٦٨٢١- اشترى من آخر دارًا، وقبضها، واستحقت من يده فقال المستحق للمشترى: خذ الثمن الذى دفعت الى البائع منى، فأخذ ثم أراد المستحق أن يسترد ما دفع الى المشترى، هل له ذلك؟ فقد قيل يجب أن لا يكون له ذلك على رواية يقول فيها: إن قضاء القاضى للمستحق بالملك ينفسخ البياعات المتقدمة؛ لأنه أدى دين البائع متبرعًا؛ لأن البيع السابق لما انفسخ بالاستحقاق وجب على البائع رد الثمن على المشترى. ومن أدى دين غيره متبرعًا لا يكون للمؤدى أن يرجع فيما أدى. وعلى ظاهر الرواية له أن يسترد ذلك؛ لأن على ظاهر الرواية لاينفسخ البيع السابق بمجرد القضاء للمستحق، فلا يجب الثمن على البائع، فلا يصير مؤديًا دين البائع. فلو أن المشترى رجع بالثمن على البائع، وطالبه بالثمن، فقال المستحق للمشترى: هذا الثمن منى،

فأخذ ثم أراد المستحق أن يسترد منه ، ليس له ذلك باتفاق الروايات ؛ لأن برجوع المشترى على البائع بالثمن انفسخ البيع الذى جرى بين البائع ، وبين المشترى ، ووجب الثمن على البائع ، فيصير المستحق قاضيًا دين البائع على وجه التبرع ، فلايكون له أن يسترد منه .

١٦٨٢٢- قال محمد فى "الزيادات" : رجل اشترى من رجل عبدًا ، و قبضه ، وضمن رجل للمشترى ما أدركه من درك فى العبد ، ثم باعه المشترى من آخر ، وسلمه اليه ، ثم باعه المشترى الثانى من رجل آخر ، ثم استحقه مستحق من يد المشترى الآخر بالبينة ، وقضى القاضى بذلك . يكون ذلك قضاء على المشترى الآخر ، وعلى البياعات جميعًا حتى لو أقام المشترى ، أو واحد من الباعة بينة على المستحق بالملك المطلق ، لا تقبل بينته ، وكان لكل واحد من المشترين أن يرجع على بائعه الثمن من غير أن يحتاج الى إعادة البينة . وإنما كان كذلك ؛ لأنه ثبت تلقى البعض عن البعض ، و القضاء بالملك المطلق على ذى اليد بالبينة قضاء عليه ، وعلى من يلقى ذواليد الملك من جهته ؛ لأن القضاء بالملك قضاء بالملك من الأصل . ولهذا يقضى للمستحق بالزوائد المتصلة ، والمنفصلة جميعًا . فالقضاء بالملك من الأصل على ذى اليد بالبينة قضاء عليه ، وعلى من يلقى ذواليد من ضرورة أنه لو لم يجعل كذلك ، كان الملك باقيًا فى حق البائع [عدمًا فى حق المشترى . ويستحيل أن يكون الملك من الأصل عدمًا فى حق المشترى ، ويكون باقيًا فى حق البائع][1] ، فصار كل واحد من الباعة مقضيًا عليه ، ومستحقًا عليه ، فلا تقبل بينة واحد منهم على المستحق بالملك المطلق ، وكان لكل واحد منهم حق الرجوع على بائعه بالثمن لهذا ، ولكن انما يرجع كل مشترٍ على بائعه إذا رجع عليه مشتريه حتى لا يكون للمشترى الأوسط أن يرجع على بائعه قبل أن يرجع عليه المشترى الآخر ، ولا يكون للمشترى الأول أن يرجع على بائعه قبل أن يرجع عليه المشترى الأوسط . وانما كان كذلك ؛ لأن يدى المستحق مملوك عندنا . فإن العقد على المستحق عندنا منعقد ، لكنه موقوف على الإجازة . فلو رجع على بائعه بالثمن قبل أن يرجع عليه مشتريه ، يجتمع الثمنان فى ملك رجل واحد ، وإنه لا يجوز . وكذلك لا يكون للمشترى الأول أن يضمن الكفيل بادرك ما لم يرجع عليه إذ ليس له ولاية تضمين الأصل قبل أن يرجع عليه مشتريه . وما لم يجب على الأصيل لا يجب على الكفيل ، وهل يحتاج كل مشترٍ الى

---

(١) ما بين المعقوفين لم أجد فى الأصل .

إقامة البينة على الرجوع عليه إذا أراد الرجوع على بائعه؟ ينظر إن لم يعلم القاضى بالرجوع عليه، بأن كان الرجوع عند قاضٍ آخريحتاج، وإن علم القاضى بذلك بأن كان الرجوع على بائعه عند هذا القاضى لا يحتاج.

ولو أن العبد لم يستحق، ولكن أقام البينة على المشترى الآخر على حرية الأصل، وقضى القاضى بها، رجع كل واحد منهم على بائعه بالثمن قبل أن يرجع عليه مشتريه؛ لأن القضاء بالحرية يوجب انفساخ البياعات، وبدل الحر غير مملوك. ولو رجع على بائعه قبل أن يرجع عليه مشتريه لا يجتمع الثمنان فى ملك رجل واحد. وكذلك المشترى الأول يرجع على الكفيل قبل أن يرجع عليه؛ لأنه التزم ما على الأصيل. وقد تقرر الوجوب على الأصيل، وثبت للمشترى الأول حق الرجوع عليه قبل أن يرجع عليه. فكذلك على الكفيل، ولو لم يقم العبد البينة على حرية الأصل، ولكن أقام بينة على أنه كان عبداً لفلان منذ سنة، أعتقه، وقضى القاضى بذلك، وكان تاريخ العتق قبل تاريخ البياعات كلها، أو أقام رجل بينة أن العبد كان له منذ سنة، أعتقه يرجع كل مشترٍ على بائعه قبل أن يرجع عليه؛ لأن القضاء بالعتق سابق على البياعات يوجب بطلان البياعات، وبدل العتق ليس بمملوك، فلو رجع كل بائع على بائعه قبل أن يرجع لا يجتمع الثمنان فى ملك رجل واحد. وكذلك إذا لم يعرف التاريخ؛ لأنه إذا لم يعرف التاريخ يجعل العتق مقارنًا للشراء؛ لأنهما حادثان. والحادثان إذا لم يعرف بينهما تاريخ جعلا متقاربين على ما عرف. واقتران العتق بالشراء يوجب بطلان الشراء. وكذلك لو أقام العبد البينة أنه كان عبداً لفلان منذ سنة دبره، أو أقام رجل بينة على ذلك، أو كانت جارية أقامت بينة أنها كانت لفلان منذ سنة، استولدها، أو أقام رجل بينة على ذلك، وكان تاريخ هذه الأسباب قبل تاريخ البياعات كلها، أو لم يعرف التاريخ أصلا، وقضى القاضى بذلك، فهذا، وما لو أقام البينة على حرية الأصل، أو على العتق، سواء يرجع كل واحد على مشتريه قبل أن يرجع عليه؛ لأنه ثبت لهما حق الحرية بمنزلة حقيقة الحرية.

طعن أبوحازم القاضى رحمه الله تعالى فى فصل التدبير، والاستيلاد، وقال: يجب أن يكون الجواب فيهما كالجواب فى استحقاق الملك المطلق، لا يرجع كل مشترٍ على بائعه قبل أن يرجع عليه؛ لأن العقد على المدبر، وأم الولد منعقد. ولهذا نفذ البيع

فى المدبر بقضاء القاضى رواية واحدة، وفى أم الولد على إحدى الروايتين، وبدلهما مملوك. ألا يرى أن المدبر يضمن بالغصب عند الكل، وكذا أم الولد عندهما. والجواب أن العقد لا ينعقد عليهما مع التدبير والاستيلاد، ولا ينفذ[1] البيع بقضاء القاضى مع التدبير والاستيلاد، ولكن قضاء القاضى بجواز بيع المدبر يتضمن فسخ التدبير أولا، ثم البيع يلاقيه وهو قن.

وكذلك فى أم الولد قضاء القاضى فى القن، فأما مع التدبير والاستيلاد العقد لاينعقد، ولا ينفذ بالقضاء والبدل الذى شرط بالعقد فى مقابلتهما، فصار فصل التدبير والاستيلاد نظير الحرية والعتق من هذا الوجه، وإن قامت البينة على العتق والتدبير والاستيلاد بتاريخ بعد تاريخ البياعات كلها، بأن أقام العبد والجارية بينة على المشترى الآخر أنه عبد فلان أو جارية فلان أعتقه، أو استولدها بعد شراء المشترى الآخر، وأقام رجل بينة على ذلك، وقضى قاضٍ بذلك كان هذا والقضاء بالملك المطلق سواء؛ لأن كل عقد جرى كان منعقداً، والبدل الذى ذكر فيه كان مملوكًا بالقبض؛ لأن العتق المتأخر لا ينافى الملك المتقدم، ولو كان تاريخ العتق من العبد بين البياعات حتى وقع بعضها قبل العتق، وبعضها بعد العتق، فما كان قبل العتق لايرجع فيه كل مشترٍ على بائعه قبل أن يرجع عليه، وما كان بعد العتق يرجع فيه كل مشترٍ على بائعه قبل أن يرجع عليه اعتباراً للبعض بالكل -والله تعالى أعلم بالصواب-.

نوع آخر:

١٦٨٢٣- قال محمد فى "الزيادات": رجل اشترى من آخر جارية، وقبضها، ثم جاء مستحق، واستحقها من يد المشترى، وقضى القاضى بذلك، فهذه المسألة على ثلاثة أوجه: الوجه الأول: أن يستحقها ببينة[2]، وفى هذا الوجه يرجع المشترى بالثمن على البائع؛ لأن المبيع استحق على المشترى بما هو حجة فى حق الناس كافة، فيظهر الاستحقاق فى حق البائع، كما يظهر فى حق المشترى.

---

(١) هكذا فى ظ وم، وكان فى الأصل وف: "ولا ينعقد".

(٢) هذه الكلمة لم أجد فى الأصل، لكن ههنا تناسب.

الوجه الثانى : أن يستحقها بإقرار المشترى ، وفى هذا الوجه لا يرجع المشترى بالثمن على البائع لما عرف أن الإقرار ليس حجة فى حق البائع ، فلا يثبت له حق الرجوع على البائع .

الوجه الثالث : أن يستحقها بنكول المشترى ، وفى هذا الوجه لا يرجع المشترى بالثمن على البائع ، واعتبر نكوله بإقراره .

وفرق بين هذا ، وبين الوكيل بالبيع إذا رد عليه المبيع بالعيب بنكوله ، فإنه يلزم الموكل ، واعتبر الرد عليه بنكوله بمنزلة الرد عليه بالبينة .

والفرق : وهو أن المشترى مختار فى النكول ، إذا سبق منه ما يطلق له اليمين لكونها مملوكة له ، وهو الشراء ، فإن الشراء من أسباب الملك ، ولا ضرورة مع قيام الدليل ، فلم يكن مضطرّاً فى النكول ، بل كان مختاراً فيه ، فاعتبر نكوله بإقراره لهذا ، أما فى فصل الوكالة الوكيل مضطر فى النكول ، إذا لم يسبق منه ما يطلق له اليمين بانتفاء العيب ؛ لأن الذى سبق منه قبول الوكالة بالبيع ، والإنسان كما يقبل الوكالة فى السليم يقبل فى المعيب ، وكما بيع السليم يبيع المعيب ، وقد يبيع الإنسان مال نفسه ، ولا يعلم قيام العيب به ، فكيف يعلم الوكيل ، فكان مضطرّاً فى النكول ، فاعتبر النكول منه بمنزلة البينة حتى لو أقر بالعيب ، فرُد عليه بإقراره لا يلزم الموكل ؛ لأنه مختار فى الإقرار ؛ لأنه يمكنه أن يسكت حتى يعرض عليه اليمين ، فينكل القاضى ، فيقضى عليه بنكوله .

فإن قال المشترى بعد ما أقر أن نكل : أنا أقيم البينة على الجارية ملك المستحق يريد به الرجوع بالثمن على البائع ، لا تسمع بينته ، وإنما لا يسمع[1] بينته لوجوه ثلاثة : أحدها : أن البينة إنما تسمع إذا ترتبت على دعوى صحيحة ، والدعوى هنا لم تصح لمكان التناقض ؛ لأنه جعل[2] مقرّاً أن الملك للبائع مقتضى إقدامه على الشراء ، ولم يصر مكذبًا فيما أقر ، فيصير بدعواه أنها ملك المستحق متناقضًا ، والثانى : أن هذه البينة قامت على إثبات ما هو ثابت ، وهو ملك المستحق ، فإن ملك المستحق ثابت بإقراره أو بنكوله ، وإثبات الثابت لغو . والثالث : أنها قامت من غير خصم ؛ لأن المشترى ليس

(١) وفى مظ و "ب" : لا يسمع .

(٢) وفى م : "حصل" .

بخصم عن المستحق فى إثبات الملك له ؛ لأن المستحق لا يصلح خصمًا فى ذلك بنفسه .

وذكر فى البيوع من "الإملاء" عن أبى يوسف : أن بينة المشترى للمستحق ، إنما لا يقبل غيبته ؛ لأنه ليس بوكيل عنه حتى لو حضر المستحق ، وصدّقه المشترى ، يقبل بينة المشترى ، ويرجع بالثمن على البائع ؛ لأن البينة قامت على إثبات الملك فى حق البائع من المستحق ؛ لأن بينة المشترى صارت بينة المستحق ، وملك المستحق فى حق البائع لم يكن ثابتًا ، والبينة إذا قامت على إثبات ما ليس بثابت ، وجب قبولها .

ولو أقام المشترى البينة على إقرار البائع ، أنها ملك المستحق ، قبلت بينته ، أما على المعنى الأول ؛ لأنه لم يسبق منه ما يجعله متناقضًا فى دعوى إقرار البائع أنها ملك المستحق ، وأما على المعنى الثانى ، فلأنه بهذه البينة يثبت إقرار البائع أنها ملك المستحق ، وإقرار البائع لم يكن ثابتًا ، فهذه بينة قامت على إثبات ما ليس بثابت ، فقبلت .

وأما على المعنى الثالث فلأنه بهذه البينة يثبت إقراره ليرجع عليه بالثمن وهو خصم فى ذلك .

هكذا ذكر المسألة ههنا ، قالوا : وذكر فى "الجامع الصغير" : أن بينة المشترى على إقرار البائع أنها ملك المستحق لا تقبل ، وليس فى المسألة اختلاف الروايتين ، وإنما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع ، موضوع ما ذكر فى "الجامع الصغير" : أنه أقام البينة على إقرار البائع بذلك قبل البيع ، ولو كان هكذا لا تقبل بينته ؛ لأن إقدامه على الشراء ينفى إقرار البائع قبل البيع إنها للمستحق ، فيصير متناقضًا ، والمتناقض لا يصح[1] دعواه ، ولا يسمع بينته ، وموضوع ما ذكر فى "الزيادات" أنه أقام البينة على إقرار البائع بعد البيع ، وإذا كان هكذا تقبل بينته ؛ لأن إقدامه على الشراء ليس بنفى إقرار البائع بعد البيع أنها للمستحق ، فلا يصير متناقضًا ، فتقبل بينته .

ولو لم يكن للمشترى بينة ، يعنى على إقرار البائع أن الجارية ملك المستحق ، فقال للقاضى : سل البائع عن الجارية أهى ملك المستحق أم لا ، يسأله القاضى ، وهذا لأن المشترى يزعم أنه مظلوم من جهة البائع ، وأن له حق الرجوع بالثمن عليه بإقراره ،

---

(١) هكذا فى ظ وف وم ، وكان فى الأصل : "لا تسمع دعواه" .

فيسأله القاضى إزالة الظلم عنه، فإن أقر لزمه الثمن لإقراره بحق الرجوع عليه، وإن أنكر وطلب من القاضى أن يحلفه أجابه إلى ذلك؛ لأن الاستحلاف ههنا يفيد، فإنه لو استحلف ربما نكل، فيصير مقرًا.

ولو لم يستحق الجارية أحد، ولكن ادعت أنها حرة الأصل [فأقر المشترى بذلك، أو أبى اليمين، وقضى القاضى بحريتها، لا يرجع بالثمن على البائع، أما إذا أقر فلأنه حجة قاصرة، وأما إذا نكل فلأن نكوله بمنزلة الإقرار. من مشايخنا من قال: قوله، أو أبى اليمين غلط من الكاتب؛ لأن أبا حنيفة لا يرى الاستحلاف فى الرق، والدعوى ههنا دعوى الرق؛ لأنها تزعم أنها حرة الأصل][1]، وهما وإن كانا يريان الاستحلاف فى دعوى الرق، لكن فى هذه الدعوى اليمين عليها؛ لأنها منكرة للرق، فلا معنى لقوله فى الكتاب، وأبى المشترى اليمين.

ومنهم من قال: لا، بل ما ذكر صحيح؛ لأنه تقدم منها ما هو نظير الإقرار بالرق، فإن موضوع المسألة فيما إذا بيعت وسلمت، وانقادت لذلك، فلا يقبل قولها فى دعوى الحرية بعد ذلك، فإن قبول قولها باعتبار شهادة الظاهر، وفى هذه الصورة الظاهر لا يشهد لها، وكان دعواها الحرية ههنا بمنزلة دعوى العتاق العارضى، ولو ادعت عتقًا عارضًا على المشترى، أليس أنه يحلف عندهما؟ فههنا كذلك، فإن حضر البائع، وأنكر ما قاله المشترى، فقال المشترى: أنا أقيم البينة على البائع أنها حرة الأصل، قبلت بينته.

فرق بين هذا، وبينما إذا أقام المشترى البينة على ملك المستحق، حيث لا تقبل بينته. والفرق: أما على المعنى الأول فلأن المشترى وإن صار متناقضًا فى هذه الدعوى، ولكن التناقض لا يمنع قبول البينة على الحرية والعتق على ما عرف، وأما على المعنى الثانى فلأنه بهذه البينة يثبت ما ليس بثابت، وهو غصب البائع الثمن؛ لأن الحرة لا تدخل تحت العقد أصلا، ولا يجب فى مقابلتها الثمن، فهو بهذه البينة يثبت أنه قبض ماله بغير حق، وقبض مال الغير بغير حق غصب، أما فى الاستحقاق فالمشترى ببينته لا يثبت أنه غصب البائع الثمن؛ لأنه لا يثبت أن ما أخذه البائع أخذ بغير حق؛ لأن بدل المستحق مملوك، ولكن يثبت الملك للمستحق ليثبت لنفسه حق فسخ هذا العقد، وفيما

---

(١) ما بين المعقوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من "مظ".

يرجع إلى الملك البينة قامت على إثبات ما هو ثابت .

وأما على المعنى الثالث : فلأنه يثبت ما هو سبب حقه ، وهو خصم فيه ، ولو ادعى المستحق على المشترى أنها جاريته ، وأنه أعتقها ، أو دبرها أو استولدها ، وأقر المشترى بذلك ، أو نكل ، لا يرجع المشترى بالثمن على البائع لما ذكرنا ، فإن أقام المشترى بينة على البائع بذلك ليرجع بالثمن على البائع ، ينظر إن شهدت بينته بعتق مطلق ، أو بعتق مؤرخ بتاريخ قبل الشراء قبلت ، ويرجع بالثمن لما قلنا ، إذ التناقض فى هذا الباب لا يمنع سماع البينة ، ولأنها قامت على إثبات ما ليس بثابت ، وهو غصب البائع الثمن على نحو ما بيّنّا فقبلت .

وأما إذا شهدوا بعتق مؤرخ بتاريخ بعد الشراء ، لا تقبل بينته ؛ لأن هذه البينة لا تثبت غصب البائع الثمن ، إذ لا يثبت به بطلان الشراء لو قبلت بينته لقبلت على الملك ، والملك ثابت للمستحق بإقرار المشترى ، أو بنكوله ، فقامت البينة على إثبات ما هو ثابت ، فلا يقبل .

نوع آخر:

١٦٨٢٤- قال محمد رحمه الله فى "الزيادات" أيضًا : أمة فى يد رجل يقال له : عبد الله ، فقال رجل يقال له : إبراهيم لرجل يقال له محمد : يا محمد الأمة[1] التى فى يد عبد الله كانت أمتى بعتها منك بألف درهم ، وسلمتها إليك ، ولم تنقد الثمن ، إلا أن عبد الله غلب عليك ، وغصبها منك ، وصدّقه محمد فى ذلك كله ، وعبد الله ينكر ذلك كله ، ويقول : الجارية جاريتى ، فالقول فى الجارية قول عبد الله لكونه صاحب يد ، ويقضى بالثمن لإبراهيم على محمد ؛ لأنهما تصادقا على البيع والتسليم ، وعلى أن عبد الله غصبها بعد البيع والتسليم ، والثابت بتصادقهما فى حقهما كالثابت عيانًا ، ولو عاين القاضى ذلك أليس يقضى بالثمن لإبراهيم على محمد ؛ لأن الواجب على البائع إثبات يدى المشترى على المبيع لا استدامة يده ، فكذلك ههنا .

فلو استحق رجل الأمة من يد عبد الله بعد ما أخذ إبراهيم الثمن من محمد ، فأراد

(١) فى الأصل : هذه الأمة .

محمد أن يرجع بالثمن على إبراهيم، وقال : الجارية التى بعتها منى ورد عليه الاستحقاق، لايلتفت إلى ذلك؛ لأن القضاء بالاستحقاق على عبد الله اقتصر على عبد الله، ولم يتعد إلى محمد؛ لأن القضاء بالملك المطلق على ذى اليد إنما يتعدى إلى غائب يدعى تلقى الملك من جهته، وذو اليد وهو عبد الله لا يدعى تلقى الملك من جهة محمد، فلم يصر محمد مقضيّا عليه بالقضاء على عبد الله، ولهذا لو أقام محمد البينة على المستحق أن الجارية جاريته اشتراها من إبراهيم وهو يملكها، قبلت بينته، وقضى بالجارية له، ولو صار مقضيّا عليه لما قبلت بينته، وما لم يصر محمد مقضيّا عليه، لا يرجع بالثمن على إبراهيم.

وكذلك لو كان الذى استحقها استحقها بالنتاج، بأن أقام البينة على أنها جاريته، ولدت فى ملكه، وقضى القاضى بها للمستحق لم يرجع محمد بالثمن على إبراهيم، وإن ظهر ببينة المستحق أن إبراهيم باع جارية الغير؛ لأن القضاء بالاستحقاق اقتصر على عبد الله، ولم يتعد إلى محمد، فلم يصر محمد مقضيّا عليه.

بيانه : هو أن دعوى النتاج ههنا غير محتاج إليه؛ لأن المستحق خارج، ألا ترى أنه لو أقام المستحق البينة على الملك المطلق، قبلت بينته، فسقط اعتبار دعوى النتاج، وبقى دعوى الملك المطلق، وفى دعوى الملك المطلق لا يصير محمد مقضيّا عليه بالقضاء على عبد الله، فكذا هنا.

قال فى الكتاب : ألا ترى أن محمداً لو أقام البينة على المستحق أن الجارية جاريته اشتراها من إبراهيم، وهو يملكها بكذا أنه يقضى بها لمحمد، ولو صار محمد مقضيّا عليه بالقضاء على عبد الله لما قضى له.

فرع على هذه المسألة الاستشهادية، فقال : لو أعاد المستحق البينة على محمد أنها أمته ولدت فى ملكه قضى بها للمستحق، وترجحت بينته على بينة محمد لأن بينة النتاج لاتعارضها بينة الملك المطلق، ويرجع محمد بالثمن على إبراهيم فى هذه الصورة؛ لأن محمداً صار مقضيّا عليه بهذا القضاء، ولو لم يستحق الجارية أحد، ولكن أقامت الجارية البينة على عبد الله أنها حرة الأصل، وقضى القاضى بحريتها، رجع محمد بالثمن على

إبراهيم؛ لأن القضاء بالحرية ربما[1] الحق بها قضاء على الناس كافة، فصار محمد مقضيّا عليه بذلك، ويثبت الاستحقاق عليه، ولهذا لو أقام محمد البينة على الملك والشراء من إبراهيم، لا تقبل بينته، ولا يقضى له، ولو لم يثبت الاستحقاق عليه لقلبت بينته، واستحقاق المبيع على المشترى بسبب سابق على الشراء يوجب الرجوع على البائع بالثمن.

وكذلك لو أقامت البينة على عبد الله أنها كانت أمته أعتقها، وقضى القاضى بذلك، رجع محمد بالثمن على إبراهيم؛ لأن دعوى الملك ههنا ليس بمقصود، وإنما المقصود دعوى العتق، ودعوى الملك لكونه وسيلة إلى العتق، ولما كان المقصود دعوى العتق، وليس بعض الأوقات للقضاء فيه بالعتق بأولى من البعض لما أنها لم تعين وقتًا فى الدعوى كان هذا، والقضاء بحرية الأصل سواء، وكذلك لو أقامت البينة على عبد الله أنها كانت أمته دبرها، أو استولدها، كان الجواب كما قلنا؛ لأن الثابت بالتدبير والاستيلاد حق العتق، فيكون ملحقًا بحقيقة العتق، ولهذا لا يحتمل النقض والفسخ، فصار دعوى الاستيلاد والتدبير كدعوى حقيقة العتق.

وهذا إذا أقامت البينة على الإعتاق والتدبير والاستيلاد من غير تاريخ، فأما إذا أرّخت، بأن أقامت البينة على أن عبد الله ملكها منذ سنة، أو أعتقها، أو دبّرها، أو استولدها، وقضى القاضى بذلك، فإنه ينظر إلى تاريخ العقد الذى كان بين إبراهيم ومحمد، فإن كان منذ سنة، أو أقل من ذلك يرجع محمد بالثمن على إبراهيم؛ لأن ملك عبد الله صار مؤكدًا بالعتق، أو بما الحق بالعتق، والملك المؤكد بالعتق، أو بما الحق بالعتق مع الملك الخالى عن العتق، أو عما الحق[2] بالعتق إذا اقترنا كان الملك المؤكد أولى بالإثبات لقوة فيه، فإذا استويا فى التاريخ، وصار المؤكد بالعتق أولى، كان من ضرورته بطلان شراء محمد من إبراهيم.

وكذلك إذا كان تاريخ العقد الذى جرى بين محمد وبين إبراهيم أقل من سنة من طريق الأولى، أو نقول: بأن العتق الموقع ينفى ملكًا مقارنًا وملكًا متأخرًا عنه؛ لأن

---

(١) وفى ظ: "وبما".

(٢) وفى الأصل: "أو بما".

العتق إبطال الملك، ولا يتصور اقتران الملك بما يبطله، ولا يتصور بعده أيضًا، وإن كان تاريخ العقد الذى جرى بين محمد وإبراهيم منذ سنتين، لا يرجع محمد بالثمن على إبراهيم، إذ ليس من ضرورة ملك عبد الله، وإن صار مؤكدًا بالعتق بطلان شراء محمد من إبراهيم قبله لجواز أن محمدًا اشتراها من إبراهيم منذ سنتين، ثم انقلب إلى ملك عبد الله منذ سنة، وأعتقها، ولأن العتق الموقع لا ينفى ملكًا سابقًا، فلا يظهر بطلان شراء محمد من إبراهيم، فلا يثبت له حق الرجوع على إبراهيم.

ولو أن الجارية أقامت البينة على عبد الله أنه كاتبها، وقضى القاضى بذلك، لا يرجع محمد بالثمن على إبراهيم؛ لأن عقد الكتابة حق العبد، وأنه معاوضة كسائر المعاوضات، ولهذا يحتمل النقض والفسخ من جهة المتعاقدين، فأشبه البيع.

ولو قامت البينة على البيع من عبد الله، وقضى بها للمستحق لم يكن لمحمد أن يرجع بالثمن على إبراهيم، كذا ههنا.

قال فى الكتاب: إلا إذا أدت بدل الكتابة، وعتقت فحينئذٍ يرجع محمد بالثمن على إبراهيم؛ لأن القضاء بالكتابة عند الأداء قضاء بالعتق، فينفذ على الناس كافة، فصار محمد مقضيًا عليه، فرجع بالثمن على إبراهيم، ولهذا لو أقام محمد بينة، أن الجارية جاريته اشتراها من إبراهيم، إن كان قبل أداء بدل الكتابة تقبل، وإن كان بعد أداء بدل الكتابة لا تقبل، وإن أقر عبد الله أنه اشتراها من محمد بمائة دينار، وقبضها ونقده الثمن، وصدقه محمد فى ذلك، فهذا على وجوه ثلاثة: الوجه الأول: أن يتصادقا عليه، ثم استحقت الجارية من يد عبد الله.

الوجه الثانى: أن يتصادقا عليه بعد ما استحقت الجارية من يد عبد الله. الوجه الثالث: أن يقر عبد الله بالشراء من محمد، ومحمد كان غائبًا أو حاضرًا، فلم يصدقه، ولم يكذبه حتى استحقت الجارية من يد عبد الله، ثم صدقه محمد فيما قال، ففى الوجه الأول يرجع عبد الله بالثمن على محمد، ويرجع محمد بالثمن على إبراهيم؛ لأن عبد الله مع محمد تصادقا على الشراء فى زمان تملكان استئناف الشراء، فانتفت التهمة، فيصح التصادق، وصار البيع ثابتًا به حسب ثبوته بالمعاينة، ولو ثبت البيع بينهما عيانًا، ثم استحقت رجع عبد الله على محمد، ورجع محمد على إبراهيم، وصار القضاء على

عبد الله قضاء على محمد؛ لأن عبد الله يدعي تلقي الملك من جهة محمد، وإذا صار محمد مقضيًا عليه، يرجع بالثمن على إبراهيم ضرورة، بخلاف مسألة أول هذا النوع؛ لأن هناك عبد الله لم يتلق الملك من جهة محمد، فلا يصير محمد مقضيًا عليه بالقضاء على عبد الله ما مر، أما ههنا بخلافه.

وفي الوجه الثاني: يرجع عبد الله بالثمن على محمد، ولا يرجع محمد بالثمن على إبراهيم؛ لأن التصادق وجد في حال لا يملكان استئناف الشراء؛ لأن المانع من الاستئناف قد تحقق، فكان هذا تصادقا في موضع التهمة، فيصح عليهما حتى كان لعبد الله أن يرجع بالثمن على محمد، ولم يصح على غيرهما حتى لم يكن لمحمد أن يرجع بالثمن على إبراهيم، وكذلك الجواب في الوجه الثالث يرجع عبد الله بالثمن على محمد، ولا يرجع محمد بالثمن على إبراهيم، فلم يعتبر التصادق ههنا مستند إلى وقت الإقرار، إذ لو اعتبر لظهر أن التصادق كان قبل الاستحقاق، وكان ينبغي أن يكون نظير الوجه الأول.

واختلفت عبارة المشايخ في تخريج المسألة بعضهم قالوا: التصديق إنما يستند إلى وقت الإقرار إذا بقي الإقرار، أما إذا بطل فلا، وههنا قد بطل ذلك الإقرار. بيانه: هو أن الاستحقاق بالبينة على عبد الله يفتقر إلى قضاء القاضي، وقضاء القاضي بالملك للمستحق يوجب تكذيب عبد الله في إقراره، فكيف يستند التصديق إليه، وقد بطل في نفسه إلا أنه بعد الاستحقاق ثابت على إقراره، فيستند التصديق إلى هذا الإقرار القائم للحال، فصار كأنهما تصادقا بعد الاستحقاق، فكان نظير الوجه الثاني لهذا.

وبعضهم قالوا: بأن محمداً متّهم في التصديق بعد الاستحقاق؛ لأنه قصد به إثبات حق الرجوع لنفسه على إبراهيم، فلا يصح تصديقه فيما يرجع إلى الإسناد، وصار في حق الإسناد، كان التصديق منه لم يوجد، ولو لم يوجد منه التصديق أصلا، لا يرجع محمد بالثمن على إبراهيم؛ لأنه لا يصير مقضيًا عليه، ألا ترى أنه لو لم يصدق، وأقام البينة على أنها أمته اشتراها من إبراهيم قضى بها له على المستحق، فدل أنه لا يصير مقضيًا عليه قبل التصديق، فكذا إذا انعدم التصديق ما لم يصير مقضيًا عليه، لا يرجع بالثمن على إبراهيم، ثم إذا لم يصدقا على إبراهيم في الوجه الثاني والثالث

حتى لم يكن لمحمد أن يرجع بالثمن على إبراهيم ، فقال محمد : أنا أقيم البينة على إبراهيم أن عبد الله اشتراها منى ، يريد به الرجوع بالثمن على إبراهيم ، قبلت بينته ؛ لأن هذه بينة قامت من خصم على خصم ؛ لأن بيع محمد من عبد الله سبب لثبوت حق الرجوع لمحمد على إبراهيم ، فصار محمد خصمًا خصمًا فى إثبات هذا البيع ، وصار إبراهيم خصمًا فى إنكاره ودفعه ، فقبلت بينته ، وإذا قبلت البينة ، صار الثابت بها كالثابت عيانًا ، ولو عاينا بيع محمد من عبد الله ، والباقى بحاله ، كان لمحمد أن يرجع بالثمن على إبراهيم ، كذا ههنا .

وكذا لو أقام محمد بينة أنه صدق عبد الله فى دعواه الشراء منه قبل استحقاق الجارية من عبد الله ، قبلت بينته ، ورجع محمد بالثمن على إبراهيم اعتبارًا للتصادق الثابت بالبينة الثابت عيانًا .

ولو تصادقا محمد وعبد الله على أن محمدًا وهب الجارية من عبد الله ، وسلمها إليه ، فهو على وجوه ثلاثة على نحو ما ذكرنا فى الشراء ، ففى الوجه الثانى والثالث لا يرجع محمد بالثمن على إبراهيم ، وفى الوجه الأول يرجع ، وكان ينبغى أن لا يرجع ؛ لأن فى فصل الشراء لا يرجع محمد بالثمن على إبراهيم سالم ، يرجع عبد الله بالثمن على محمد ، وههنا لا يرجع عبد الله على محمد أصلا ، فكيف يرجع محمد بالثمن على إبراهيم ، ولكن الوجه فى ذلك أن يقال بأن فى فصل الشراء رجوع عبد الله بالثمن على محمد ما شرط ليصير محمد مقضيًا عليه ؛ لأن القضاء بالملك المطلق على ذى اليد قضاءً عليه ، وعلى من تلقى الملك من جهته ، وقد ثبت تلقى عبد الله الملك من جهة محمد ، فصار محمد مقضيًا عليه ، ولكن إنما شرط باعتبار أن بدل المستحق مملوك العاقد ، فلو رجع محمد بالثمن على إبراهيم قبل أن يرجع عبد الله على محمد بالثمن يجتمع الثمنان فى ملك محمد بدلا عن مثمن واحد ، وهذا مما لا وجه له ، ولا سبيل إليه ، وهذا المعنى معدوم فى الهبة والصدقة ، وكان لمحمد أن يرجع بالثمن على إبراهيم ، وإن لم يكن لعبد الله أن يرجع بالثمن على محمد .

١٦٨٢٥- رجل اشترى من آخر كرمًا ، أو اشترى الأرض والنخيل جميعًا وقبضهما ، ثم استحقت العرصة وحدها ، كان للمشترى أن يرد الأشجار على البائع ،

ويرجع عليه بجميع الثمن ، وبمثله لو اشترى حماراً مع بردعتها ، أو اشترى الحمار والبردعة جميعًا ، وقبضها ثم استحق الحمار دون البردعة ، ليس للمشترى أن يرد البردعة ، ويرجع على البائع بجميع الثمن بل يمسك البردعة بحصتها من الثمن ، والفرق أن فى فصل الكرم اشترى الأشجار النامية والمثمرة ، وبعد استحقاق العرصة يؤمر المشترى بقلع الأشجار ، وبالقلع يخرج عن حد الثمر ، ويصير حطبًا ، وهذا عيب فاحش ، فيثبت للمشترى حق الرد ، هذا المعنى لا يتأتى فى فصل البردعة ؛ لأن باستحقاق الحمار لا يصير البردعة شيئًا آخر ، فلا يخرج عن الانتفاع الذى اشتراها لأجله ، فلهذا افترقا .

١٦٨٢٦ - أحال البائع رجلا على المشترى بالثمن ، وأدى المشترى الثمن إلى المحتال له ، ثم استحقت الدار من يد المشترى ، فالمشترى على من يرجع بالثمن؟ ذكر فى "مجموع النوازل" عن الشيخ الإمام شيخ الإسلام السغدى : أن المشترى يرجع على البائع قيل له ، فإن لم يظفر المشترى بالبائع ، هل يرجع على المحتال له؟ قال : لا ، وإذا اشترى شيئًا من الوكيل ، فاستحق[1] المشترى من يد المشترى ، فعند الاستحقاق يرجع المشترى بالثمن على الوكيل إن كان المشترى دفع الثمن إلى الوكيل ، وإن كان دفع الثمن إلى الموكل يقال للوكيل : طالب الموكل بالثمن وخذه ، وادفعه إلى المشترى ، وتفاوت ما بين الصورتين أنه فى الصورة الأولى يطالب الوكيل بنقد الثمن من مال نفسه ، ولا ينتظر أخذه من الموكل ، وفى الصورة الثانية ينتظر أخذه من الموكل .

وفى "الجامع" : أن المشترى بالخيار ، إن شاء رجع على القابض ، وإن شاء رجع على الآمر ، اشترى شيئًا وقبضه ، واستحق من يده ، ثم وصل إلى المشترى يومًا ، لا يؤمر بالتسليم إلى البائع ؛ لأنه وإن حصل مقرّا بالملك للبائع ، لكن مقتضى الشراء ، وقد انفسخ الشراء بالاستحقاق ، فينفسخ الإقرار ، لا جرم لو اشترى عبدًا قد أقر نصّا أنه ملك البائع ، ثم وصل إليه يومًا ، يؤمر بالتسليم إلى بائعه ؛ لأن إقراره بالملك له لم يبطل فى شرح قسمة شيخ الإسلام رحمه الله فى باب الميت عليه دين ، وفى الباب الرابع عشر بعد المائة من الزيادات ، وفى الباب الرابع من دعوى "الجامع" بشيخ الإسلام رحمه الله

(١) وكان فى الأصل : "فاستحق شيئًا" .

اشترى عبدًا أقر أنه ملك البائع، وتقابضا، ثم استحق من يده بالبينة يرجع على البائع بالثمن، وليس للبائع أن يقول للمشترى أنك أقررت أنه ملكى، وأن الثمن صار ملكًا لى، ومن زعمك أن المستحق غاصب، فلا ترجع علىّ كما لو غصب منك حقيقة؛ لأن المشترى يقول: إنما أقررت لك بالثمن بشرط أن أملك المبيع ظاهرًا وباطنًا، وقد نفذ على القضاء ظاهرًا، وإذا صار العبد ملكًا للمستحق ظاهرًا لايبقى الثمن لك ملكًا ظاهرًا، وإن بقى لك ملكًا باطنًا حتى يستوى[1] قضية العقد الموجب للتساوى، بخلاف الغصب؛ لأن الغصب لا يزيل ملك المغصوب منه ظاهرًا، كما لا يزيله من حيث الباطن.

١٦٨٢٧- وفى "المنتقى" عن أبى يوسف عن أبى حنيفة: إذا استحق المشترى من يد المشترى، وأدام المشترى أن يرجع بالثمن، فقال البائع للمشترى: قد علمت أن الشهود شهدوا بزور، فإن المبيع لى، فقال المشترى: أنا أشهد لك أن المبيع لك، وأن الشهود شهدوا بزور، فللمشترى أن يرجع على البائع بالثمن مع هذا الإقرار، قال: لأن المبيع لم يسلم له، فلا يحل للبائع أخذ الثمن، وقد استحق المبيع من يد المشترى.

١٦٨٢٨- وفى "نوادر ابن سماعة" عن محمد: رجل اشترى من رجل جارية، وقبضها، ثم جاء رجل وادعاها، وأقر المشترى أنها لهذا المدعى، فأراد المشترى أن يرجع على البائع بالثمن، فقال البائع للمشترى: إنما كانت هى للمدعى؛ لأنك وهبتها له، فالقول قوله، ولا يرحع المشترى عليه بالثمن.

١٦٨٢٩- استحق حمار من يدى رجل ببخارى، وقبض المستحق عليه ووجد بائعه بسمرقند، فقدمه إلى القاضى بمصر سمرقند فأراد الرجوع عليه بالثمن، وأظهر سجل قاضى بخارى، فأقر البائع بالبيع، ولكن أنكر الاستحقاق، وكون السجل سجل قاضى بخارى، فأقام المستحق عليه بينة أن هذا سجل قاضى بخارى لا يجوز لقاضى سمرقندد أن يعمل به، ويقضى للمستحق عليه بالرجوع بالثمن ما لم يشهد المشهود أن قاضى بخارى قضى على المستحق عليه بالحمار الذى اشتراه من هذا البائع، وأخرجه من يد المستحق عليه، وهذا لأن الخط يشبه الخط، فلا يجوز الاعتماد على نفس

---

(١) هكذا فى ظ وم، وكان فى الأصل وف: "يستوفى".

السجل، بل يشترط أن يشهدوا على قضاء القاضى، وعلى قصر يد المستحق عليه فى شهادات "المنتقى". استحق حماراً بشهادة شاهدين عدلين عدّلهما المشهود عليه، قال: أسأل عن الشاهدين إن زكيا رجع المشهود عليه على البائع بالثمن، وإن لم يزكيا قضى على المشهود عليه بالثمن، ولا يرجع هو على البائع بالثمن بمنزلة الإقرار.

نوع آخر فى استحقاق المبيع:

وقد كفل بالثمن كفيل بأمر المشترى، أو بأمر غيره، أو أمر المشترى رجلا حتى نقد الثمن عن المشترى رجل بغير أمره.

١٦٨٣٠- مسائل هذا الفصل[١] مبنية على معرفة الكفالة بحق عن الغير، وعلى معرفة قضاء الدين عن العين، فنقول: الكفيل بعد الكفالة يضم ذمته إلى ذمة الأصيل ليحمل ما على الأصيل؛ لأن الكفالة مشتقة من الضم، ثم قضاء الكفيل بعد ذلك لإسقاط ما تحمل الكفيل، والقاضى للدين عن الغير يقيم ماله مقام الأصيل فى إسقاط ما على الأصيل من الدين، فمتى كانت الكفالة، والقضاء بأمر الأصيل صار كل واحد منهما أعنى الكفيل والقاضى مقرضًا ما يلاقيه بصرفه[٢] ممن عليه، فالقاضى للدين يصير مقرضًا ماله الذى أدى به دين من عليه؛ لأن المديون لما أمر بقضاء الدين عنه، فقد جعله ثابتًا[٣] عن نفسه فى القضاء بما يؤدى إلى صاحب الحق، وإنما يصير نائبًا إذا صار المؤدى ملكًا للآمر بالإقراض، وهو معنى قولنا: إن المأمور بقضاء الدين يصير مقرضًا ما وقع به القضاء من الآمر، والكفيل يصير مقرضًا ذمته من الآمر فى التزام ما عليه؛ لأن الآمر بالكفالة أمر بالتزام ما فى الذمة فى حق الكفيل مقام المال فى حق المأمور بقضاء الدين، وهذا لأن ذمة الكفيل تصير مشغولة بما على الأصيل، وإنما تصير مشغولة بذلك إذا صار ذمة الكفيل كذمة الأصيل حكمًا، وإنما تصير ذمته كذمة الأصيل بالإقراض، فكان فى معنى الإقراض من هذا الوجه، ومتى كانت الكفالة، وقضاء الدين بغير أمر من عليه

---

(١) وفى نسخة أخرى: "النوع".

(٢) وفى م: "يصرفه".

(٣) هكذا فى الأصل وم، وكان فى ظ ف: "بأئنًا".

صار الكفيل والقاضى متبرعًا ، فيعتبر فى حق الأصيل كان صاحب الدين أبرأه بغير قبض ، ويعتبر فى حق الكفيل والقاضى أداء[1] المال ، والتزامه بمقابلة إسقاط المال من الغير ، والتزام المال وأداءه بمقابلة إسقاط المال عن غيره صحيح كالفضولى يصالح صاحب المال على مال نفسه يعتبر ذلك فى حق صاحب المال كأنه أبرأه من غير قبض ، ويعتبر فى حق المصالح التزام المال [وأداءه بمقابلة إسقاط المال عن الغير ، جئنا إلى المسائل .

١٦٨٣١- قال محمد رحمه الله][2] فى "الجامع الكبير" : رجل اشترى من آخر عبدًا بألف درهم ، وكفل عن المشترى بالثمن كفيل بأمر المشترى ، ونقد الكفيل للبائع الثمن ، ثم غاب الكفيل ، واستحق العبد من يد المشترى ، أو وجد حرًا ، أو مكاتبًا ، أو مدبرًا ، أو كانت جارية ، فوجدها أم الولد ، فأراد المشترى أن يرجع على البائع بالثمن .

قال : ينظر إن كان الكفيل قد رجع على المشترى بما نقده للبائع ، كان للمشترى أن يرجع على البائع ؛ لأن المشترى فى هذا الوجه قام مقام الكفيل ، وقد كان للكفيل[3] أن يرجع على البائع بما نقد له من الثمن ، فكذا لمن قام مقامه ، أو نقول : الكفيل لما رجع على المشترى ، وأخذ منه مثل ما نقد ، صار المنقود ملكًا للمشترى ، وكان للمشترى أن يرجع على البائع بذلك عند عدم سلامة المبيع له ، وإن كان الكفيل لم يرجع على المشترى بما نقد للبائع ، لا يكون للمشترى أن يرجع على البائع بالثمن ؛ لأن فى هذه الصورة المشترى ما قام مقام الكفيل ، ولم يملك المنقود لو رجع ، رجع بحكم أن نقد الكفيل جعل كنقد المشترى ، وبظهور هذه الأسباب تبين أن نقد الكفيل لم يجعل كنقد المشترى ، أو تبين أن الثمن لم يكن واجبًا على المشترى ، وأن الكفالة وقعت باطلة ، ولأن فى هذا الرجوع قطع خيار الكفيل إذا حضر ، فإن الكفيل إذا حضر يتخير بين أن يرجع على المشترى بما نقد ، وبين أن يرجع على البائع لما نبين بعد هذا ، وبعد ما رجع المشترى المشترى على البائع بالثمن ، لا يبقى للكفيل هذا الخيار ، وليس للمشترى أن يقطع على

---

(١) وكان فى الأصل وم : "هذا إذ المال التزامه" وفى ف : "هذا أداء المال" .

(٢) ما بين المعقوفتين ساقط من الأصل ، وأثبتناه من "مظ" .

(٣) هكذا فى ظ ، وكان فى الأصل وف وم : "للمكفول أن يرجع" .

الكفيل خياره.

ثم إذا حضر الكفيل فإن شاء رجع على البائع بما نقد وإن شاء رجع على المشترى؛ لأنه وجد في كل واحد منهما ما هو سبب الضمان في حق الكفيل، أما البائع فلأنه قبض مال الكفيل بحكم الكفالة الباطلة؛ لأن بظهور هذه الأسباب تبين أن الثمن لم يكن واجبًا على الأصيل، والكفيل متحمل عنه، أو نقول: الكفيل قضى دينًا على ظن أنه عليه، وتبين أنه ليس عليه، وكان له أن يرجع بما قضى على القابض.

وأما المشترى فلأن المشترى لما أمره بالكفالة عنه بالثمن، فقد أمره بأن يقضي دينه بشرط الضمان، فالأمر بالقضاء إن لم يصح؛ لأنه ظهر أن الثمن لم يكن واجبًا بقي الأمر بالدفع بشرط الضمان، كأنه قال: ادفع إلى فلان ألف درهم على أني ضامن لك، أو نقول: لما أمره بالكفالة، فقد ضمن له تسليم ما يؤدى من ملك نفسه لمنفعة له في ذلك، وهو براءة ذمته، فثبت له حق الرجوع لما ضمن له كالمغرور يرجع على البائع بقيمة الأولاد؛ لأن البائع ضمن للمشترى سلامة الأولاد بما شرط عليه لنفسه من الثمن، فإن أخذ من البائع لم يرجع البائع على المشترى، وهذا ظاهر؛ لأنه ظهر أن المشترى لم يملك المبيع، فلا يملك البائع الثمن عليه، وإن أخذ من المشترى، رجع المشترى على البائع بما نقد الكفيل؛ لأن الكفيل لما رجع على المشترى صار المنقود ملكًا للمشترى، أو قام المشترى مقام البائع على ما ذكرنا، وإن أراد المشترى بعد ما حضر الكفيل اتباع البائع، وذلك قبل أن يختار الكفيل اتباع المشترى، ليس له ذلك، وكان ينبغي أن يكون له ذلك؛ لأن الكفالة إن بطلت من استحقاق لما بينا، بقي الأمر بدفع مطلق إلى البائع صحيحًا، وإذا بقي الأمر بالدفع صحيحًا، صار دفع الكفيل كدفع المشترى بنفسه، وهناك الجواب كما قلنا، فههنا كذلك، والجواب اختلف عبارة المشايخ فيه.

قال بعضهم: إنما لم يكن للمشترى لأنه ثبت للكفيل الخيار على ما بينا[1]، ولو ثبت للمشترى حق الرجوع على البائع، يبطل خيار الكفيل؛ لأنه لا يمكن للكفيل بعد ذلك أن يتبع البائع، ويأخذ منه ما دفع إليه؛ لأنه تضرر به[2] البائع؛ لأنه يغرم بسبب

---

(١) وفي الأصل: "على ما سيأتي".

(٢) يضرر.

قبض ألف درهم واحد ألفان، وأنه مأمور إلا أن هذا العذر يشكل[1] بالغاصب الأول، فإن له ولاية اتباع الثاني، ويأخذ منه عين ما أخذ الثاني منه إن كان قائمًا، وقيمته إن كان هالكًا، ولم أجد بأن في تضمين الغاصب الأول للثاني إبطال ما ثبت للمالك من الخيار بين تضمين الأول وبين تضمين الثاني.

وبعضهم قالوا: إنما لا يرجع المشترى على البائع؛ لأنه لو رجع إما أن يرجع بحكم أن البائع أزال يد المشترى عن المال الذى قبضه عن الكفيل بغير حق، أو لأن المنقود صار ملكًا للمشترى، لا وجه إلى الأول؛ لأن البائع ما أزال يد المشترى عما قبضه عن الكفيل؛ لأن ذلك لم يكن فى يد المشترى، ولا وجه إلى الثانى؛ لأنه بالاستحقاق بطلت الكفالة، وبقى الأمر بمجرد الدفع إلى البائع بشرط الضمان، إلا أن فى الأمر بالدفع بشرط الضمان ما لم يرجع المأمور على الآمر بالضمان، لا يصير المدفوع ملكًا للآمر، ولو لم يكن كفالة كان أمرًا بقضاء الثمن، وباقى المسألة بحالها، كان بهذا بمنزلة الكفالة فى جميع ما وصفنا؛ لأن بظهور هذه الأسباب يتبين أن الثمن لم يكن واجبًا، فتبين أن الأمر بقضاء الثمن، لم يصح، وكان هذا وفصل الكتابة سواء.

١٦٨٣٢- قال: ولو لم يكن شيء مما ذكرنا من الأسباب فى فصل الكفالة، لكن مات العبد قبل القبض، وكان الكفيل قد نقد الثمن وغاب، كان للمشترى أن يرجع على البائع بالثمن، سواء رجع الكفيل على المشترى بما نقد أو لم يرجع.

فرق بين الهلاك وبين الاستحقاق فيما إذا لم يرجع الكفيل على المشترى بما نقد، فإن فى فصل الاستحقاق المشترى لا يرجع على البائع، وفى فصل الموت يرجع. والفرق أن بهلاك العبد لا يتبين أن الثمن لم يكن واجبًا، وأن الكفالة لم تكن صحيحة؛ لأن بهلاك العبد قبل القبض لا يفسد البيع من الأصل، فحين أدى الكفيل الثمن إلى البائع أداه بحكم كفالة صحيحة، فلا يبقى له على الثمن سبيل، ويكون السبيل للمشترى؛ لأن الكفيل إنما نقد الثمن على المشترى بحكم أمر صحيح، فصار كأن المشترى نقد بنفسه، وهناك الجواب كما قلنا، فههنا كذلك.

أما فى فصل الاستحقاق تبين أن الثمن لم يكن واجبًا، وأن الكفالة لم تكن

---

(١) وفى الأصل: مشكل.

صحيحة، وكان ما قبض البائع من الكفيل مقبوض بحكم كفالة فاسدة، فكان للكفيل أن يرجع على البائع، وكان له أن يرجع على المشترى لما ذكرنا، ولأن فى فصل الاستحقاق إنما لا يكون للمشترى الرجوع على البائع حال غيبة الكفيل؛ لأنه يوجب قطع خيار الكفيل، وهذا المعنى لا يتأتى فى فصل الهلاك؛ لأنه لا خيار للكفيل ههنا على ما نبين بعد هذا -إن شاء الله- فإن حضر الكفيل فى فصل موت العبد، أو كان الكفيل حاضرًا، لم يكن للكفيل أن يرجع على البائع بالثمن.

فرق بين هذا وبين فصل الاستحقاق. والفرق ما ذكرنا أن بالاستحقاق يظهر بطلان الكفالة، فيظهر أن البائع قبض ما قبض من الكفيل بغير حق، فيكون للكفيل حق استرداد ما قبضه البائع، أما بهلاك العبد قبل القبض لا يظهر بطلان الكفالة، ولا يظهر أن البائع قبض من الكفيل ما قبض بغير حق، فلا يكون للكفيل حق استرداد ما دفع إليه، ولكن المشترى يرجع على البائع لما ذكرنا.

ولو لم يمت العبد، ولكن انفسخ البيع فيما بينهما بسبب من الأسباب، فإن كان الانفساخ بسبب هو فسخ من كل وجه نحو الرد بالعيب بعد القبض بقضاء، أو قبل القبض بقضاء أو بغير قضاء، أو الرد بخيار الرؤية، أو بخيار الشرط، كان الجواب فيه كالجواب فيما إذا مات العبد قبل القبض؛ لأن بهذه الأسباب لا يتبين أن الثمن لم يكن واجبًا، فلا يتبين أن الكفالة لم تكن صحيحة كما فى هلاك العبد قبل القبض، وكذلك لو كان المشترى أمر غيره أن ينقد الثمن عنه فنقد، ثم مات العبد فى يد البائع قبل التسليم إلى المشترى، فإن المشترى هو الذى يرجع على البائع بالثمن فى الأحوال كلها؛ لما ذكرنا، وإن كانت الكفالة بغير أمر المشترى، ثم انفسخ البيع فيما بينهما من كل وجه، كان للكفيل أن يرجع على البائع بالثمن، وليس للكفيل على المشترى سبيل؛ لأن هذا فى حق المشترى إبراء بغير عوض، وفى حق الكفيل والبائع هذا إبراء بعوض، فإنما يسلم للبائع ما قبض من الكفيل إذا حصلت البراءة للمشترى بمقابلة العوض، وإذا انفسخ البيع بينهما لم تكن البراءة حاصلة للمشترى بمقابلة العوض، وهو الثمن الذى قبضه البائع، بل كان لانفساخ السبب، وكان للكفيل أن يرجع على البائع بما أدى إليه، وإن انفسخ البيع بينهما بسبب هو فسخ فيما بين المتعاقدين عقد جديد فى حق الثالث نحو الرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء، ونحو الإقالة لا يكون للكفيل أن يرجع على البائع

بشىء؛ لأن الكفيل ثالث المتعاقدين، فيجعل فى حق الكفيل كأن المشترى باعه بيعًا جديدًا من البائع، ولما كان هذا بيعًا جديدًا فى حق الكفيل لا يتبين أن براءة المشترى عن الثمن لم يكن بمقابلة العوض، فلهذا لا يرجع الكفيل على البائع بذلك؛ لأن المأتى به فسخ فيما بينهما، فكانت براءة المشترى فى حقهما حاصلة بانفساخ السبب لا حكمًا للعوض، فيجب على البائع رد ما قبض وسبب وجوب رد ما قبض انفسخ، والمشترى هو الذى باشر الفسخ، فيكون حق القبض للمشترى لمباشرته السبب، فيكون المقبوض للكفيل دون المشترى؛ لأن الكفيل إنما أدى ذلك ليحصل البراءة للمشترى بمقابلة هذا المؤدى، فإذا كان المأتى به فسخًا فى حق البائع والمشترى كان فى زعمهما أن البراءة إنما حصلت للمشترى لا بمقابلة المؤدى، فبقى المؤدى حقا للكفيل بزعمهما، فيعتبر فى حقهما، فلهذا كان المؤدى للكفيل، ولكن حق القبض للمشترى على ما مر، ولو لم تكن كفالة، ولكن نقد رجل الثمن عن المشترى بغير أمره، كان الجواب فيه فى جميع ما وصفنا نظير الجواب فى الكفالة إذا كانت بغير أمر المشترى.

١٦٨٣٣- قال: ولو كانت الكفالة بأمر المشترى، فصالح الكفيل البائع عن الثمن على خمسين دينارًا، كان للكفيل أن يرجع على المشترى بالدراهم دون الدنانير؛ لأن المقابلة بين الكفيل، وبين المشترى فى إقراض الذمة لالتزام الألف قد تمت لكن شرط رجوع الكفيل على المشترى انقطاع حق البائع عن المشترى، وقد حصل ذلك بهذا القدر، ألا ترى أن الكفيل لو أدى للبائع زيوفًا بمقابلة العوض والثمن جياد، وتجوز البائع بالزيوف، كان للكفيل أن يرجع على المشترى بالدراهم الجياد، فكذا ههنا يجب أن يرجع الكفيل على المشترى بالدراهم أيضًا، فإن استحق العبد، والكفيل غائب، ثم حضر كأن له اتباع البائع بالدنانير، ولا سبيل للكفيل على المشترى، وفيما تقدم قال للكفيل: الخيار إن شاء طالب البائع، وإن شاء طالب المشترى.

والفرق أن فى ضمن الأمر بالالتزام بالكفالة أمر بالأداء بالاستحقاق إن بطلت الكفالة فى الوجهين، إلا أن فى الوجه الأول لم يبطل الأمر بالأداء بقى الأداء بأمر المشترى، فكان له حق الرجوع على المشترى بحكم الأمر بالأداء، أما ههنا الأداء لم يكن بأمر المشترى؛ لأنه أدى غير ما أمر به ، فتعذر الرجوع بحكم الأمر، كما تعذر الرجوع بحكم الكفالة، فلهذا قال: لا يرجع الكفيل على المشترى، ولكن يرجع الكفيل

على البائع ؛ لأنه إنما أعطاه الدنانير بحكم الصلح ، وبالاستحقاق ظهر بطلان الصلح ، ويستوفى فى هذا أن يكون الاستحقاق فى المجلس أو بعد الافتراق عن المجلس ؛ لأن المعنى لا يتفاوت ، وكذلك لو أن البائع باع الكفيل الدراهم التى كفل بها عن المشترى بالدنانير ، ثم استحق العبد بطل البيع ، وأراد محمد رحمه الله بهذه التسوية بين البيع والصلح التسوية بينهما بعد الافتراق عن المجلس ؛ لأن ما جرى بينهما من البيع كان صرفًا ، وبالافتراق عن المجلس قبل قبض بدل الصرف بطل الصرف ، فأما إذا استحق العبد وهما فى المجلس بعد يبطل البيع ، أما لا يبطل الصلح .

والفرق بين الصلح والبيع أن مبنى الصلح على التجوّز بدون الحق ، وذلك إنما يكون باستيفاء بعض الحق وترك البعض ، والدراهم والدنانير يتعينان فى الاستيفاء ، فيتعينان فى الصلح أيضًا ، ولهذا لو صالح من الدراهم على ثوب بعينه ، ثم تصادقا على أنه لا دراهم عليه ، يبطل الصلح ، فأما البيع لا يتعلق بعين الدراهم المشار إليها ، وإنما يتعلق بمطلق الدراهم ، ومادام المجلس قائمًا يمكن دفع ألف درهم إلى صاحبها ، فلا يبطل البيع ، ولهذا لو باع من آخر دراهم فى الذمة بثوب بعينه ثم تصادقا على أنه لا دراهم فى الذمة لا يبطل البيع .

١٦٨٣٤- قال : ولو لم يستحق العبد ، ولكنه مات فى يد البائع ، وقد باع الكفيل من البائع بالدراهم خمسين دينارًا ، وقبضها من البائع ، فإن للمشترى أن يرجع على البائع بألف ، ولا سبيل للكفيل على البائع ؛ لأن بالموت لا يظهر أن الثمن لم يكن واجبًا ، فصار الكفيل بهذا البيع موفيًا للبائع ألف درهم بطريق المقاصة ؛ لأنه وجب للكفيل على البائع ألف درهم مثل ما كفل به ؛ لأن عقد الصرف لا يتعلق بعين ذلك الدين ، فصار للكفيل على البائع ألف درهم بعقد الصرف ، وللبائع عليه مثله بحكم الكفالة ، فوقعت المقاصة ، والإيفاء بالمقاصة كالإيفاء بالاستيفاء حقيقة ، وهنا لا يكون للكفيل على البائع سبيل فى هذا الوجه ، وإنما السبيل للكفيل على المشترى ، وللمشترى على البائع ، كذلك ههنا .

وكذلك لو كان الكفيل صالح البائع على خمسين دينارًا ؛ لأن[1] الكفيل صار

(١) وكان فى الأصل : "إلا أن" .

موفيًا ألف درهم بالصلح ، فصار الجواب فيه والجواب فى البيع سواء إلا أن الفرق بين الصلح والبيع أن فى الصلح للبائع الخيار إن شاء رد خمسين ديناراً ، وإن شاء رد ألف درهم ، وفى البيع يرد ألف درهم من غير خيار . والفرق ما ذكرنا أن مبنى الصلح على التجوز بدون الحق ، والبائع إنما رضى بدون حقه ليصل إلى حقه من الدين ، لا ليلزمه الدراهم ، فإذا آل الآمر إلى أن يلزمه الدراهم كان له الخيار ، إن شاء أمضى الصلح وأعطى الثمن ، وذلك ألف درهم وإن شاء أبطل الصلح ، وما قبض من الدنانير بخلاف البيع ؛ لأن مبناه على المماكسة والاستيفاء ، وصار البائع مستوفيا حقه ، فلهذا لا يتخير فى البيع بل يرد على المشترى الثمن وهو الدراهم .

أما فى الصلح بخلافه على ما مر ، ثم فى الصلح إن اختار البائع رد الدراهم ، فالمشترى هو الذى يستوفيه ؛ لأنه لما اختار رد الدراهم ، فقد أمضى الصلح ، وتعذر إمضاء الثمن ، فعند انفساخ العقد بموت العبد قبل القبض يكون حق القبض للمشترى ، كما لو استوفى البائع الثمن من الكفيل حقيقة ، وإن اختار رد الدنانير ، فالكفيل هو الذى يقبض ذلك ؛ لأن رد الدنانير إنما يكون بطريق فسخ الصلح ، والكفيل هو الذى باشر الصلح معه ، فعند انفساخ الصلح يكون حق القبض للكفيل ، ولا سبيل للكفيل على المشترى ؛ لأنه ما أمره بردّ الدنانير وعند انفساخ الصلح حقه فى الدنانير ، فلهذا لم يكن له وجوع على المشترى .

١٦٨٣٥- ولو كان المشترى أمر رجلا أن يقضى البائع عنه الثمن من غير كفالة ، فباع المأمور من البائع خمسين ديناراً بالثمن يجوز ، وكذلك لو صالح المأمور البائع من الثمن على خمسين ديناراً ، وهذا لا يشكل فى الصلح ؛ لأن الدين وإن لم يكن واجبًا عليه حتى لو امتنع عن القضاء يترك ذلك إلا أن المأمور بقضاء الدين لو صالح بماله عن دين على غيره يجوز ، وإنما يشكل فى البيع ، فإن الفضولى لو باع ماله بدين على غيره لا يجوز ، فكذا المأمور بقضاء الدين لو باع ماله بالثمن الذى ليس عليه لايجوز ، وهذا لفقه أن الثمن إذا لم يكن واجبًا على المأمور بقضاء الدين صار هو مملكًا الدنانير بالدراهم التى على غيره ، وصار مشترى الدنانير مملكًا الدراهم التى هى ثمن له على مشترى العبد من غيره ، وهو بائع الدنانير وتمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز .

والجواب : وهو الفرق بين الفضولى وبين المأمور بقضاء الدين أن عقد الدين لا يتعلق بذلك الدين فى الأحوال كلها إلا أن البائع إذا كان فضوليا كان فى هذا شرط تسليم الثمن على غير العاقد فى هذا العقد، وهو المشترى فى العقد الأول، فإنه لو صح هذا العقد يجب على المشترى فى العقد الأول تسليم الثمن الذى عليه إلى الفضولى قلنا : وشرط تسليم الثمن الذى عليه إلى الفضولى شرط تسليم الثمن إلى غير العاقد، فيفسد العقد، فأما المأمور بقضاء الدين، فلا بيع ماله من البائع لاستيفاء الثمن على المشترى، وإنما يبيع حتى يجب على البائع الأول مثل ما كان له على المشترى الأول، ثم يحصل له قصاصًا بما عليه، فينعدم الشرط الفاسد فيجوز، وإذا صح البيع، وصح الصلح من المأمور صار المأمور بمنزلة الكفيل فى جميع ما وصفنا .

أو نقول : المأمور بقضاء الدين بمنزلة الفضولى من وجه، ومن حيث إنه لم يجب للطالب عليه دين، وبمنزلة المطلوب من حيث إنه إذا قضى يجبر الطالب على القبول، فمن حيث إنه فضولى إن كان لا يجوز هذا البيع فمن حيث إنه مطلوب يجوز، فرجحنا ما يوجب الجواز احتيالا للجواز بقدر الممكن .

١٦٨٣٦- ولو كان الكفيل كفل عن المشترى بالثمن بغير أمره، ثم إن الكفيل صالح مع البائع على خمسين دينارًا من الثمن، أو باع منه خمسين دينارًا بالثمن، ثم مات العبد قبل القبض أو استحق، فلا سبيل للمشترى على البائع ؛ لأن المشترى لم ينقد الثمن بنفسه، ولا نقد بنائبه ؛ لأن الكفالة كانت بغير أمر المشترى، ولكن الكفيل يرجع على البائع، ويتخير البائع فى الصلح بين إعطاء الدراهم وبين إعطاء الدنانير، وفى البيع لا يتخير . والفرق قد مرّ قبل هذا .

ولو لم يكن كفالة، ولا أمر بقضاء الدين، ولكن جاء متبرعًا، وباع دنانيره من بائع العبد بالثمن الذى له على المشترى، أو صالح معه من الثمن على دنانيره، فالبيع باطل على كل حال لما فيه من شرط تسليم الثمن على غير العاقد، وإنه مفسد للبيع، وأما الصلح فإن كان شرط أن يكون الثمن الذى على المشترى للمتبرع يكون باطلا ؛ لأنه يصير بمعنى البيع والصلح يحتمل معنى البيع، فيصير هذا الصلح بحكم هذا الشرط، والبيع سواء، وإن كان الصلح بشرط براءة المشترى عن الثمن كان الصلح جائزًا، ويكون

هذا تمليك العين بمقابلة الفراغ الذى يحصل لا لمن وجد منه التمليك، وإنه جائز كما فى الخلع، وإن أطلق الصلح إطلاقًا، ولم يصرح بالإبراء ولا بالتمليك يجوز؛ لأن الصلح يحتمل معنى الإبراء والإسقاط، ويحتمل معنى التمليك، فعند الإطلاق يحمل على الإبراء والإسقاط تحريًا للجواز وطلبًا للصحة، فإن استحق العبد كان على البائع رد الدنانير على المصالح، وإن مات العبد كان للبائع الخيار، إن شاء، رد الدنانير على الكفيل، وإن شاء، رد عليه الدراهم؛ لما مر.

١٦٨٣٧- رجل اشترى من رجل عبدًا بألف درهم جياد، وكفل رجل عن المشترى بالثمن بأمر المشترى، ثم إن الكفيل أدى البائع الزيوف، وتجوز به البائع، فالكفيل يرجع على المشترى بالجياد؛ لأن رجوع الكفيل على المشترى بحكم الالتزام بعقد الكفالة، فيرجع بالملتزم، وهو الجياد، فإن لم يرجع الكفيل على المشترى، حتى استحق العبد، لا سبيل للمشترى على البائع؛ لأن الكفيل لو أدى مثل الملتزم قد ذكرنا أن المشترى لا يرجع على البائع، وللكفيل الخيار إن شاء رجع على البائع، وإن شاء، رجع على المشترى، وعلى أيهما رجع لا يرجع إلا بالزيوف. أما إذا رجع على البائع، فلأن رجوع الكفيل على البائع بعلة أن بالاستحقاق يظهر أن البائع قبض ما قبض بغير حق، فيرجع بالمقبوض، وأما إذا رجع على المشترى فلأن رجوع الكفيل على المشترى بعلة أن المشترى أمره بالأداء، وضمن له سلامة المؤدى، فيرجع بمثل المؤدى.

هذا إذا أدى الكفيل أنقص مما التزم، وأما إذا أدى خيرًا مما التزم، لا يرجع الكفيل على المشترى إلا بالملتزم؛ لأنه متبرع على المشترى بزيادة الجودة، فيعتبر بما لو تبرع بزيادة العدد، وهناك لا يرجع على المشترى بالملتزم، فهذا كذلك. فإن استحق العبد من يد المشترى فى هذا الوجه، فالكفيل بالخيار، إن شاء رجع على البائع، وإن شاء رجع على المشترى، فإن رجع على البائع، رجع بالمؤدى؛ لأنه ظهر أن البائع قبض ذلك بغير حق، وإن رجع على المشترى رجع بالملتزم لما مرّ أن رجوع الكفيل على المشترى باعتبار ما لحق الكفيل من الضمان بأمر المشترى، وضمان المشترى السلامة له، وذلك بقدر الملتزم.

وإذا رجع على المشترى بالملتزم، رجع المشترى على البائع بما أداه الكفيل من

الجياد ؛ لأن الكفيل لما أدى الجياد ، فإنما يتبرع بالجودة على المكفول عنه دون الطالب ؛ لأن الطالب فى حق الأصيل يقبض حقه ، فلا تكون الكفالة تبرعًا فى حق الطالب ، وإنما يكون تبرعًا فى حق المكفول ، فكذا بالزيادة يكون تبرعًا على المطلوب ، ولأن الكفيل لما رجع على المشترى فقد قام المشترى مقام الكفيل فى مال المؤدى ، فيقوم مقامه فى حق الرجوع على البائع بالجياد ، ولو لم يستحق العبد ، ولكن مات فى يد البائع قبل القبض ، وقد كان الكفيل أدى أنقص مما التزم ، فلا سبيل للكفيل على البائع ؛ لأن بموت العبد لا يتبين أن البائع قبض من الكفيل بغير حق ، ولكن يرجع على المشترى بألف درهم نبهرجة .

فرق بين هذا وبينما إذا سلم العبد للمشترى ، وقد أدى الكفيل أنقص مما التزم ، فإن هناك الكفيل يرجع على المشترى بالملتزم ، وهو أن البائع لما تجوّز بالزيوف صار صفة الجودة كأنها وهبت للكفيل ، فيعتبر ذلك بما لو وهب للكفيل كل الدين ، وهناك عند سلامة العبد للمشترى يرجع الكفيل على المشترى بذلك ، وعند انتقاض البيع لا يرجع ، فكذا إذا وهب له صفة السلامة .

والفرق الفقهى بين الفصلين أن البيع لما انتقض ، فقد برئ الأصيل عن الثمن ، وبراءة الأصيل عن الثمن توجب براءة الكفيل ، وبعد ما وقعت البراءة للكفيل لا يتصور ملك ما فى ذمته ، فيعتبر المؤدى بخلاف ما إذا تمّ البيع ، ولو كان الكفيل أدى أجود مما التزم ، ثم مات العبد فى يد البائع ، لم يكن للكفيل على البائع سبيل ، ولكن يرجع الكفيل على المشترى بما كفل عنه ، ويرجع المشترى على البائع بمثل الدراهم التى أعطى الكفيل البائع وهو الجياد .

قال محمد رحمه الله فى الكتاب : ألا ترى أن رجلا لو أمر رجلا أن يعطى رجلا عشرة دراهم غلة على أن يكون قرضًا على القابض للآمر ، ويكون قرضًا للمعطى على الآمر ، إن ذلك جائز ، فإن أعطاه المأمور دراهم أجود من الدراهم التى أمره بها الآمر ، لم يكن للمعطى على الآمر إلا دراهم مثل الدراهم التى أمره بإعطاءها ، ويرجع الآمر على القابض بمثل ما أعطاه المأمور ، فكذا فيما تقدم .

ولو كان المشترى أمر رجلا أن ينقد عنه الثمن من غير كفالة ، فنقد المأمور أفضل مما

أمره به، لم يرجع على الآمر إلا بمثل ما أمره به، وإن نقده أردأ مما أمره به، يرجع بمثل المؤدى؛ لأن ههنا الرجوع بحكم الآمر بالأداء، فلا بد من اعتبار الأمر والأداء، ففى الوجه الأول: الأمر فى حق الزيادة لم يوجد، وفى الوجه الثانى: الأمر إن وجد، فالأداء لم يوجد، بخلاف الكفيل، فإنه إذا أدى أردأ من الملتزم، ويجوز به البائع، يرجع على المشترى بالملتزم؛ لأن ثمة الرجوع بحكم إقراض الذمة والالتزام، وإقراض الذمة لالتزام الجيد قد تم، أما ههنا بخلافه، فإن استحق العبد تخيّر المأمور بين اتباع البائع، وبين اتباع المشترى على ما مر فى الكفيل، فإن رجع على البائع رجع بمثل المقبوض؛ لأنه بالاستحقاق تبين أنه قبض بغير حق، وإن رجع على المشترى يرجع بالمؤدى إن كان المؤدى أردأ مما أمر به، وإن كان أجود رجع بما أمر به، ثم المشترى يرجع على البائع بمثل ما أخذ من المأمور؛ لأن المأمور إنما تبرع بالجودة على المشترى لا على البائع، وقام المشترى مقام المأمور فى ذلك، وقد ذكرنا نظير هذا فيما تقدم. ولو لم يستحق العبد، ولكنه مات قبل القبض، فلا سبيل للمأمور على البائع، ولكن رجع المشترى على البائع بما أدى إن كان المؤدى أردأ مما أمره به، وإن كان أجود يرجع بما أمره به، وشبه محمد هذا بفصل الإجارة.

١٦٨٣٨- ولو استأجر رجل من آخر داراً بمائة دينار، فلم يسكنها حتى أمره رب الدار أن يعطى رجلا عشرة دراهم من أجرة الدار على أن يكون قرضًا لرب الدار على القابض، ثم انتقضت الإجارة بينهما بموت أحدهما، لا سبيل للمستأجر على المستقرض؛ لأن رب الدار يصير كالمتعجل[1] لهذا القدر من الأجرة، فعند انتقاض الإجارة يكون رجوعه من[2] رب الدار لا على المستقرض، فبعد ذلك إن كان المستأجر نقد المستقرض أردأ من أجرة الدار، رجع على الآجر بما أعطى، وإن نقد أفضل لم يرجع على الآجر إلا بمثل ما أمره به، ويرجع الآجر على المستقرض بمثل ما قبض من المستأجر، فكذا فيما تقدم.

---

(١) هكذا فى ظ وم وكان فى الأصل وف: "كالمستعجل".

(٢) وفى "مظ": عن.

الفصل السابع
فى تكافئ الدعوى والبينات عليها

١٦٨٣٩- زوجان فى دار أقامت المرأة البينة، أن الدار دارها غصبها منها زوجها، وأقام الزوج بينة أن الدار داره اشتراها منها، قضى بالدار للمرأة؛ لأن المرأة والدار فى يد الزوج، فكانت المرأة خارجة، فيقضى ببينتها، كذا أجاب أبو نصر الدبّوسى، وقال أبو بكر العياصى: يقضى بالدار للزوج، يجعل كأن الزوج غصبها أولا، ثم اشتراها منها بعد ذلك.

١٦٨٤٠- وفى "المنتقى": رجل فى يديه عبد، أقام رجل بينة أنه تصدق به علىّ منذ شهر، وقبضته منه، ثم أودعته إياه، وأقام رجل آخر بينة أنه تصدق به علىّ شهرين وقبضه، ثم أودعته منه، والذى فى يديه العبد ينكر دعواهما، فإنى أقضى بالعبد للذى أقام البينة على شهرين، وأبطلت دعوى الآخر، فإن رجع شاهدًا الذى قضيت له بالعبد ضمنتهما قيمة العبد للذى ادعى الصدقة منذ شهر، ولا أكلفه إعادة البينة من قبل أن شهوده شهدوا بمحضر من صاحب الشهرين، وأثبتهما عندى، ولو كنت أبطلتها يومئذٍ ما قبلتها إذا هو أعادها؛ لأنى إذا أبطلتها مرة لم أقبلها ثانيًا، ألا ترى أن صاحب الشهرين لو غاب بعد ما شهد شهوده، ولم يحضر، لا يقضى على الذى فى يديه الغلام لصاحب الشهر؛ لأن صاحب الشهرين خصم، وكذلك صاحب الشهر إذا غاب، لم أقض لصاحب الشهرين حتى يحضر صاحب الشهر؛ لأنى جعلته خصمًا.

١٦٨٤١- روى عمرو بن أبى عمرو عن محمد عن أبى يوسف رحمهما الله: فى رجل أقام بينة على رجل أنه قتل أباه عمدًا فى شهر ربيع الأول، ولا وارث له غيره، وأقام المدعى عليه بينة أنهم رأوا أباه حيًا بعد ذلك الوقت فى شهر ربيع الآخر، فالبينة بينة المدعى، ويقضى بالقود.

١٦٨٤٢- ولو أقامت امرأة بينة أن زوجها، طلقها ثلاثًا فى يوم النحر بِرِقِّه، وأقام عبده بينة أن مولاه هذا بعينه، أعتقه فى ذلك اليوم بمنى، فالشهادة باطلة، فإن صدق

إحدى البينتين، قضى بإقراره فيما أقر به، وقضيت فى الأخرى بالبينة، ولو شهدت إحدى البينتين أنه طلق امرأته ثلاثًا يوم النحر بمنى، وشهدت الأخرى أنه أعتق عبده[1] بعد ذلك بيوم بالرقه، فإن القاضى يطلق امرأته؛ لأن وقته أول، ويبطل الآخر.

١٦٨٤٣ - وإذا شهد الشهود على رجل أنه قتل أبا هذا الرجل عمدًا، ولا وارث له غيره، وأن القتل كان فى شهر ربيع الأول سنة خمس وثمانين ومائة، وأقام المدعى عليه بينة أن أباه كان حيًا أقرضه فى محرم سنة ست وثمانين ومائة درهم، وإنها له دين عليه، فالبينة بينة الابن، قال: لأنهما أمران لا يستقيم أن يكونا، فيؤخذ بالوقت الأول، قال: إلا أن أبا حنيفة استحسن فى هذا الباب شيئًا واحدًا، فقال: إذا أقام الابن البينة أن هذا قتل أباه عمدًا بالسيف منذ عشرين سنة، وإنه لا وارث له غيره، وجاءت امرأة، وأقامت البينة أنه تزوجها منه خمس عشر سنة، وأن هذا ولده منها، وإنها وارثة مع ابنه هذا، قال أبو حنيفة رحمه الله: أستحسن فى هذا أن أجيز بينة المرأة، وأثبت النسب وأبطل بينة الابن على القتل.

ولو أقامت البينة على النكاح، ولم تأتِ بولد، فالبينة بينة الابن، والميراث للابن دون المرأة، ويقتل القاتل، إنما أستحسن فى النسب خاصة وهو قول أبى يوسف ومحمد، ذكر ابن سماعة فى "الرقيات: أنه كتب إلى محمد بن الحسن: أرأيت رجلا مات، وباع رجل من تركته متاعًا، فخاصمه وارثه بعد ذلك إلى قاض، وأقام الرجل البينة أن فلان القاضى أجاز جميع ما باع فلان من تركة فلان، وأقامت الورثة البينة أن ذلك القاضى أبطل جميع ما باع فلان من تركة فلان ونقضه، والقاضى واحد، ولم يوقّت البينتان وقتًا أو وقّتا وقتًا واحدًا.

قال محمد رحمه الله: إذا لم يعلم أيهما أول فالنقض أولى؛ لأن كل واحد منهما ينقض صاحبه، فصار كأنه باع، ولم يجز ذلك القاضى، ولم يرده وهو غير وصىّ، ولا جائز الأمر، وإن وقّتا وقتين أخذ[2] بالوقت الآخر، وإن أقاما البينة على النقض والإجازة من قاضيين مختلفين، فالنقض أولى إذا لم يدر أى الوقتين أول، وإن شهد

---

(١) هكذا فى الأصل، وكان فى "ظ" و"ف" و"م": عنده.

(٢) وفى الأصل: وإن وقّتا وقتًا، وتبين أخذ بالوقت الآخر.

أحد الفريقين أن ذلك القاضى أبطل إجازة ذلك القاضى الآخر، وأنه أبطل نقضه، فالقضاء الآخر الذى شهد الشهود أنه أبطل الأول.

١٦٨٤٤- وفى "نوادر المعلى" عن أبى يوسف: رجل فى يديه عبد أقام رجل بينة أنه باع هذا العبد من هذا الذى فى يديه، وهو يملكه بألف درهم ورطل من خمر، وأقام رجل آخر بينة أنه باع هذا العبد من هذا الذى فى يديه، وهو يملكه بألف درهم وخنزير، ادعى كل واحد منهما بيعًا فاسدًا، فالعبد يرد عليهما نصفان، وضمن الذى فى يديه لكل واحد منهما نصف قيمة العبد، وإن مات العبد فى يد المشترى، فعليه قيمتان، وإن كانت البينتان شهدتا على البيع، ومعاينة القبض، فإن كان العبد قائمًا بعينه أخذاه نصفان، ولا شىء لهما غير ذلك، وإن كان مستهلكًا أخذا قيمته نصفان، ولا شىء لهما غير ذلك.

١٦٨٤٥- رجل له ابنتان صغرى وكبرى، أقام رجل بينة على هذا الرجل أنه زوج ابنته الكبرى منه، وأقام الأب بينة أنه زوّج ابنته الصغرى من هذا الرجل، فالبينة بينة الزوج.

١٦٨٤٦- عبد فى يدى رجل أقام رجل بينة أنه اشترى هذا العبد من صاحب اليد بألف درهم، وأقام صاحب اليد بينة أنه باع هذا العبد من فلان الآخر بألفى درهم، فالبينة بينة مدعى الشراء بألف درهم، ولو أقام صاحب اليد بينة على مدعى الشراء بألف درهم أنه كفل بألفين عن المدعى عليه الذى اشتراه بألفين، كانت بينة صاحب اليد أولى.

١٦٨٤٧- دار فى يدى رجل ادعاها رجلان كل واحد منهما يدعى أنها داره آجرها من الذى فى يديه شهرًا بعشرة دراهم، وأقام على ذلك بينة، والذى فى يديه الدار قد سكنها شهرًا وهو جاحد دعواهما، فإنهما يأخذان الدار بينهما نصفان، ويأخذان عشرة دراهم، ويكون بينهما نصفان أيضًا، والقياس أن يأخذ كل واحد منهما عشرة دراهم، وأظن أن هذه المسألة مرت فى كتاب الإجارات، ونظير هذه المسألة فى دعوى البيع إذا كانت الجارية فى يدى رجل أقام رجلان كل واحد منهما بينة بأنه باعها من صاحب اليد وهو يملكها بألف على أنه بالخيار، فإن أمضيا البيع لزم صاحب اليد لكل واحد منهما

ألف درهم؛ لأنه لا تضايق فى الثمن، وإن أمضى أحدهما دون الآخر، فللذى أمضى نصف الثمن؛ لأن منازعة الآخر باقية، ومع المنازعة حقه كان فى نصف الجارية، فيأخذ بدل ذلك، وهو نصف الثمن، وللذى لم يمض أن يأخذ الجارية كلها؛ لأنه انقطع منازعة الآخر، وحقه فى كلها لو لا منازعة الشريك؛ لأن البينة قامت له على كلها، فإذا ارتفعت منازعة الشريك استحقت كلها، وإن لم يمض واحد منهما البيع، أخذ الجارية بينهما نصفان، ولا شىء على المشترى؛ لأنه لم يسلم له شىء من المبيع، فلا يلزمه شىء من الثمن.

١٦٨٤٨- رجل فى يديه عبد أقام رجل بينة أنه عبده، وأقام آخر بينة أنه عبده باعه من الذى فى يديه، وذو اليد يجحد دعواهما جميعًا.

قال: يقضى به للذى أقام البينة أنه عبده، ويبطل الثمن عن الذى هو فى يديه استحق الفرس من يدى المشترى فى غير بلد البائع، وجاء المشترى بالسجل إلى بلد البائع، وكان المكتوب فى السجل صفة الفرس المستحق ديزونك مع الكى، فقال البائع: الفرس الذى بعته كميت بلاكى، وأقاما البينة، فالبينة بينة المشترى.

١٦٨٤٩- وفى "فتاوى أهل سمرقند": قلنسوة فى يدى ثلاثة نفر، يدعى أحدهم قطنها، ويدعى الآخر بطانتها، ويدعى الآخر جميعًا، وأقام كل واحد بينة على ما ادعى، فإنه يقضى بالقلنسوة لمدعى جميعها، ويضمن لمدعى القطن مثل نصف قطنها، ولمدعى البطانة قيمة نصف بطانتها، أما القضاء بالقلنسوة كلها لمدعى جميعها؛ لأن بينته فى الظهارة خلت عن المعارض، فيجب العمل بها فى حق الظهارة، ولا يمكن العمل بها فى حق الظهارة إلا بالعمل بها فى حق الكل، وأما القطن فهو فى أيديهم، ولا يدعيه مدعى البطانة، فيكون بين مدعى الكل، وبين مدعى القطن نصفين، وقد صار مدعى الكل مستهلكًا لحصة مدعى القطن من القطن، والقطن من ذوات الأمثال، فيضمن مثل نصف القطن لمدعى القطن لهذا، وأما البطانة فلا يدعيها مدعى القطن، وإنما يدعيها صاحبه[1]، فيكون بينهما، وقد صار مدعى الكل مستهلكًا نصيب مدعى البطانة من البطانة، والبطانة من ذوات القيم، فيضمن مدعى الكل نصف قيمة البطانة لمدعيها لهذا.

---

(١) وفى "مظ": صاحباه.

وهو نظير من غصب من رجل بطانة ، وغصب من آخر قطنًا ، والظهارة ملكه ، فجعل منها قلنسوة ، فإنه يضمن لصاحب القطن مثل قطنه ، ويضمن لصاحب البطانة قيمة بطانته ، وطريقه ما قلنا ، كذا ههنا .

وكذلك لو لم يدع مدعى الجمع القلنسوة كلها إنما ادعى ظهارتها ، وباقى المسألة بحالها ، فهى كلها له ، لكن يضمن لمدعى القطن مثل قطنه ، ولمدعى البطانة قيمة بطانته ؛ لأنه لا يدعى شيئًا من القطن والبطانة ، فسلم القطن والبطانة لصاحبه .

الفصل الثامن
فى مقاسمة المدعى بطريق المنازعة والعول

١٦٨٥٠- قال محمد رحمه الله: دار فى يدى ثلاثة رهط: ادعى أحدهم جميع الدار، وادعى الآخر ثلثاها، وادعى الآخر نصفها، فهذا على وجهين: أن أقاموا بينة على دعواهم، أو لم يقيموا، وقد ذكرنا المسألة بتمامها فى كتاب الشهادات، ولم يذكر ثمة ما إذا كانت الدار فى يد غيرهم إنما ذكر هنا، وقال: إن لم يقم بينة لهم يحلف الذى كان فى يديه الدار على دعواهم، فإن حلف انقطعت دعواهم، وبقى الدار فى يد صاحب اليد كما كان قبل الدعوى، وإن قامت لهم بينة، فبينة كل واحد منهم مقبولة على جميع ما ادعى؛ لأن ما يدعى كل واحد منهم فى يد غيره، فيكون كل واحد منهم خارجًا فى جميع ما يدعى لنفسه، وبينة الخارج مقبولة على جميع ما ادعى، وإذا قبلنا بينة كل واحد منهم على جميع ما ادعاه يقسم الدار بينهم على طريق المنازعة عند أبى حنيفة، فيعطى لمدعى الجميع سبعة أسهم من اثنى عشر سهمًا من جميع الدار، ويعطى المدعى الثلثين ثلاثة أسهم من اثنى عشر سهمًا من جميع الدار، ويعطى لصاحب النصف سهمان، وعندهما يقسم الدار على طريق العول والمضاربة على ثلاثة عشر سهمًا، يعطى لصاحب الجميع ستة أسهم من ذلك، ويعطى لصاحب الثلثين أربعة أسهم، ولصاحب النصف ثلاثة أسهم.

وإذا كانت الدار فى يدى رجلين: ادعى أحدهما كلها، وادعى الآخر نصفها، ولا بينة لهما، فإن مدعى النصف يحلف لمدعى الجميع، ومدعى الجميع لا يحلف لمدعى النصف؛ لأن مدعى النصف لا يدعى لنفسه شيئًا مما فى يد مدعى الجميع، أما مدعى الجميع يدعى لنفسه جميع ما فى يد مدعى النصف، فإن حلف مدعى النصف برئ عن خصومتة مدعى الجميع، وصار الحال بعد الحلف كالحال قبله، وقبل الحلف كانت فى أيديهما نصفين، فكذا بعد الحلف، وإن نكل لمدعى الجميع بجميع الدار، وإن أقاما البينة قضى لمدعى الجميع بجميع الدار؛ لأن مدعى النصف ادعى لنفسه نصف

الدار فى يده النصف، فانصرف دعواه إلى ما فى يده، فلا تقبل بينته عليه، ومدعى الجميع ادعى جميع الدار، ونصفها فى يد مدعى النصف، فتسمع بينته فيه، ونصفها فى يده، ولم تسمع بينته، إلا أن مدعى النصف لم يدّع شيئًا من ذلك النصف لنفسه، فيترك فى يده، فصار جميع الدار لمدعى الجميع من هذا الوجه.

وإن كانت الدار فى يد ثالث، والباقى بحاله، فإن لم يكن لهما بينة حلف الثالث على دعوى كل واحد منهما، فإن حلف برئ عن خصومتهما، وترك الدار فى يده كما كان، وإذا أقاما البينة قال أبو حنيفة: يقسم الدار بينهما أرباعًا بطريق المنازعة. وقال أبو يوسف ومحمد: يقسم أثلاثًا بطريق العول والمضاربة.

١٦٨٥١- دار فى يدى رجل منها منزل، وفى يدى رجل آخر منها منزل آخر، ادعى أحدهما أن جميع الدار له، وادعى الآخر أن الدار بينهما نصفان، ولا بينة لهما، حلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه، فإن حلفا فالمنزل الذى فى يد مدعى الجميع يترك فى يديه؛ لأنه برئ عن دعوى النصف بالحلف، فعاد الأمر إلى ما كان قبل الدعوى، ويقضى بنصف المنزل الذى فى يد مدعى النصف، ويترك نصف المنزل فى يد مدعى النصف فى يده على حاله، ويقضى بالساحة بينهما، أما القضاء له بنصف المنزل الذى فى يد مدعى النصف إقرار بذلك لما قال: الدار بيننا نصفان، وأما ترك النصف فى يد مدعى النصف؛ لأنه بريء عن دعوى صاحبه فى ذلك النصف، وعاد الأمر فى ذلك النصف إلى ما كان قبل الدعوى، أما القضاء بالساحة بينهما لأن الساحة فى أيديهما على الشيوع، فإنهما يستعملانها، ويتصرفان فيهما على السواء.

فرق بين هذه المسألة وبينما إذا كانت الدار فى أيديهما، وليس فى يد واحد منهما شيء بعينه، فقال أحدهما: الدار بيننا نصفان، وقال الآخر: الدار كلها لى، فإنه يقضى لكل واحد منهما ما[1] فى يده، ولا يقضى لمدعى الجميع بشيء مما فى يد المدعى النصف، وههنا قال: يقضى لمدعى الجميع بنصف المنزل الذى فى يد مدعى النصف؛ لأن فى تلك المسألة أمكن تصحيح إقراره من غير إثبات استحقاق شيء عليه؛ لأنه أقر لصاحبه بنصف شائع من الدار، وفى يد صاحبه نصف شائع من الدار، وفى هذه المسألة لا يمكن

---

(١) وفى "مظ": بما.

تصحيح إقراره باستحقاق نصف المنزل الذى فى يده؛ لأن المنزل الذى فى يده من جملة الدار، وقد أقر له بنصف الدار شائعًا، فيكون مقرًا له بنصف هذا المنزل شائعًا، فلهذا افترقا.

عاد إلى أول المسألة، فقال: ادعى أحدهما جميع الدار، وادعى الآخر نصفها، ولم يزد على هذا، يعنى قال الآخر: نصف هذه الدار لى، ولم يقل: هذه الدار بيننا نصفان، لا يقضى لمدعى الجميع بشىء مما فى يد مدعى النصف، ولكن مما فى يد مدعى النصف يترك نصفه له، والنصف الآخر يكون موقوفًا إلى أن يقيم مدعى الجميع البينة، وإنما جاء الفرق؛ لأنه لما قال: الدار بيننا نصفان، فقد أقر لصاحبه بنصف المنزل فى يده، وإقرار الإنسان بما فى يده صحيح، وإذا قال: نصف الدار لى، فما أقر لصاحبه بشىء من الدار إنما ادعى لنفسه النصف لا غير، وليس من ضرورة أن لا يكون له ما زاد على النصف أن يكون ذلك لمدعى الجميع، لجواز أن لا يكون ذلك له، ولا لمدعى الجميع، بل يكون لغيرهما، وإن أقام البينة فى هذه الصورة، قبلت بينة كل واحد منهما على ما فى يد صاحبه، يقضى لمدعى الجميع جميع المنزل الذى فى يد مدعى الجميع.

١٦٨٥٢- دار سفلها فى يدى رجل، وعلوها فى يدى رجل آخر، وطريق العلو فى ساحة السفل، ادعى كل واحد منهما أن جميع الدار له، ولا بينة لهما، فإنه يقضى لصاحب العلو بالعلو، وبحق الممر فى الساحة، ويقضى لصاحب السفل بجميع السفل، وبرقبة طريق العلو، ويجعل طريق العلو فى حق الممر كأنه فى يد صاحب العلو، وفى حق الرقبة كأنه فى يد صاحب السفل، هكذا ذكر المسألة فى كتاب الدعوى، وذكر هذه المسألة فى كتاب الصلح، وقال: يقضى بالساحة بينهما، وإنما اختلف الجواب لاختلاف الوضع.

وضع المسألة فى كتاب الدعوى: أن جميع السفل كان فى يد صاحب السفل، فإنه قال: دار سفلها فى يدى رجل، والهاء[1] كناية عند الدار، فقد جعل جميع السفل فى يد صاحب السفل، إلا أن صاحب العلو كان يمر فى الساحة، فيقضى لصاحب السفل بجميع السفل إلا فى حق المرور، وموضوع ما ذكر فى كتاب الصلح أن فى يد مدعى

---

(١) وفى الأصل: "والبناء كناية".

السفل منازل السفل، والساحة فى أيديهما، فإنه قال: فى دار يسكن فيها رجلان، وأحدهما فى منازل من السفل، والآخر فى علوها، فقد أشار إلى أن فى يد صاحب السفل منازل السفل، وكان يد صاحب السفل على الانفراد ثابتة على منازل السفل، والساحة فى أيديهما؛ لأنهما يستعملان الساحة استعمالا على السواء، فيقضى بالساحة بينهما لهذا.

١٦٨٥٣- دار فى يدى ثلاثة، ادعى أحدهم النصف، وادعى الآخر الثلث، وادعى الآخر السدس، وجحد بعضهم دعوى البعض، ولا بينة لواحد منهم، فنقول: يجعل الدار فى أيديهم أثلاثًا لاستواءهم فى اليد، ويقضى لمدعى النصف والثلث لكل واحد منهم بما فى يد كل واحد منهما، وهو الثلث، أما مدعى الثلث فلأنه يدعى لنفسه ثلث الدار، وفى يده الثلث، وقوله فيما فى يده مقبول، وأما مدعى النصف فلأنه ادعى لنفسه نصف الدار، وفى يده الثلث، فكان مدعيًا جميع ما فى يده، وزيادة سدس إلى تمام النصف مما فى يد صاحبه، فيقبل قوله فيما فى يده، ولا يقبل فيما فى يد صاحبه إلا ببينة، ويقضى لصاحب السدس بنصف ما فى يده، وهو سدس الدار، ويوقف السدس؛ لأنه ادعى لنفسه سدس الدار، وفى يديه ثلث الدار، فكان مدعيًا لنفسه نصف ما فى يده، وقوله فيما فى يده مقبول، وأما النصف الآخر الذى فى يده لم يقر به لصاحب النصف، إنما أقر أنه ليس له، وليس من ضرورة أن لايكون له أن يكون لصاحب النصف، لجواز أن لا يكون له أيضًا، ويكون لغيره، فيوقف ذلك النصف عنده، فإن أقام صاحب النصف بينة سدس الدار؛ لأنه ادعى لنفسه نصفًا شائعًا، وقد تمّ له الثلث، فبقى دعواه فى سدس الدار، وذلك فى يد صاحبه، إذ ليس أحدهما يُصرَف دعواه إلى ما فى يده أولى من الآخر.

١٦٨٥٤- دار فى يدى رجلين ادعى أحدهما كل الدار، وادعى الآخر نصفها، وأقاما جميعًا البينة، فشهد شهود صاحب النصف أن الدار كانت لأبيه، وأبى الذى ادعى الجميع، فصارت ميراثًا بينهما نصفان، وشهد شهود صاحب الجميع له بالجميع، فإن الدار بينهما يكون أرباعًا؛ لأنهم لما شهدوا على الميراث، فقد شهدوا أن له النصف مما فى يده ويد صاحبه؛ لأن الميراث فى جميعها، فقد شهدوا به بنصف ما فى يد صاحبه، ولو شهد شهود صاحب النصف أن الدار بينه وبين صاحب الجميع نصفان،

اشترياها من فلان بينهما نصفان، وشهد شهود الآخر على الجميع، فإن الدار بينهما نصفان.

قال أبو حنيفة رحمه الله : فى دار فى يدى رجل يدعى نصفها، وادعى آخر نصفها، وأقاما البينة، فالدار بينهما نصفان، ولم يجمع أبو حنيفة فى هذه المسألة نصيب كل واحد منهما فى نصف الدار، فيجعل بينهما نصفان، وإن أقام آخر بينة على جميعها، فإنه يجمع نصيب صاحبى النصف فى نصف الدار، ويجعل لصاحب الجميع النصف خالصًا، ويجعل النصف الآخر بينهم، فقد ترك قوله فى هذا، وكان ينبغى أن يضرب كل واحد من صاحب النصف بالنصف فى جميع الدار، ويضرب الثالث بالجميع، فيكون نصفها لصاحب الجميع ونصفها للآخرين نصفين.

١٦٨٥٥- وفى "نوادر هشام" قال : سمعت محمدًا يقول : فى دار فى يدى أخوين، ادعى أحدهما كل الدار، وادعى الآخر أنها ميراث بينهما من أبيهما، قال للذى ادعى كلها ثلاثة أرباع الدار، النصف الذى فى يديه، ونصف ما فى يد أخيه، وللآخر ربعها، فإن أقاما البينة على ما ادعيا، صار النصف الذى فى يد مدعى الكل ميراثًا، فيكون ذلك النصف بينهما نصفان، ويصير النصف الذى فى يد مدعى الميراث للآخر، فيكون لمدعى الكل ثلاثة أرباع الدار، ولمدعى الميراث ربعها، فإن جاء إنسان آخر وأقام البينة أنها داره، فاستحقها، ثم وهبها لمدعى الجميع، فلا شىء لأخيه فيها، وإن وهبها لمدعى الميراث، أخذه أخوه نصفها.

١٦٨٥٦- وفى "نوادر بشر" عن أبى يوسف : رجل أقام بينة على رجل أن له عليه ألف درهم، وأقام آخر بينة عليه أن تلك الألف بينهما نصفان، قال فى قول[1] أبى حنيفة رحمه الله : للذى أقام البينة على الألف ثلاثة أرباع الألف، وللآخر ربعها، وقال أبو يوسف ومحمد : هى بينهما أثلاثًا.

١٦٨٥٧- وفى "المنتقى" : دار فى يدى رجل، ادعى رجل أنها بينه وبين الذى فى يديه نصفان، وجحد ذلك الذى فى يديه، وادعى أن كلها له، فسأل القاضى المدعى البينة على ما ادعى، فأقام البينة على أن هذه الدار كانت لأبيه فلان مات، وتركها ميراثًا

---

(١) وفى الأصل : "فى آخر قول أبى حنيفة".

له خاصة، لا وارث له غيره، قال: إن لم يدّع المدعى أن النصف خرج إلى الذى الدار في يده بسبب من قبله، فشهادة شهوده باطلة، وإن قال: قد كنت بعت نصفها بألف درهم، لم يصدقه القاضى على البيع، ولم يجعله مكذبًا لشهوده، وقضى له بنصف الدار ميراثًا عن أبيه، فإن أحضر بينة على أنه باع النصف من المدعى عليه بألف درهم، أو أنه صالحه من الدار على أن يسلم له النصف منها، قبلت بينته على ما ادعى من ذلك، وقضى له بالدار كلها ميراثًا عن الولد، وقضى بنصفها للمدعى الآخر بيعًا من المدعى إن كان ادعى البيع، وكان للمدعى على المدعى عليه الثمن، وإن أقام البينة على ما ادعى من الصلح، أبطلت الصلح، و ردت الدار كلها إلى المدعى؛ لأنه لم يأخذ للنصف عوضًا، فإن قال المدعى عليه فى الصلح حين أقام المدعى البينة عليه بالصلح أن الصلح الذى ادعى لم يكن جائزًا[1]، ولم أملك له من الدار شيئًا، وقد أقر أن لى نصف الدار، فأنا أحق بنصف الدار منه بحكم إقراره، لم يلتفت إلى قوله؛ لأن المدعى أقام البينة أن نصف الدار للمدعى من وجه الصلح، فيجعل إقراره من قبل الصلح، ألا ترى أن من باع دارًا من رجل بعبد، وتقابضا، ثم قيل لبائع الدار: لمن الدار؟ فقال: لفلان، يعنى المشترى منه، ثم إن بينته قامت على أن العبد حر، وأعتقه القاضى بحضرة بائع الدار، وقال بائع الدار: إنما أقرت لفلان بالدار؛ لأنى كنت بعت منه الدار بالعبد، فالقاضى يجعل إقراره من قبل البيع، ويرد الدار عليه، كذا فى مسألتنا -والله أعلم-.

---

(١) هكذا فى ظ: "وكان فى الأصل وم: "لم يكن جائزًا ولم ألتفت إلى قوله: "ولم أملك له".

الفصل التاسع
فى دعوى الميراث

١٦٨٥٨ - إذا قال فى دعواه : هذا العين ملكى[1] ورثته عن أبى، أو قال : صار ميراثًا لى عن أبى، أو كان الشهود شهدوا أن هذا العين ملكه، وورثه عن أبيه، أو قالوا : صار هذا العين ميراثًا له عن أبيه، فالقاضى يسمع دعواه، ويقبل شهادتهم.

ولو شهدوا أن هذا العين كان ملك أبيه إلى يوم موته، مات، وترك ميراثًا لهذا المدعى، ولم يقولوا : وترك هذا العين أو تركه ميراثًا، فقد قيل : لا تقبل الشهادة، ولا بد من ذكر قوله : وترك هذا العين ميراثًا له، أو من ذكر قوله : وتركه، ولكن هذا ليس بصواب، فإنهم لو شهدوا أن هذا العين كان ملك أبيه إلى يوم موته، ولم يتعرضوا لشىء آخر، فالقاضى يقبل شهادتهم، ويقضى بالدار ميراثًا، نص عليه محمد فى الشهادات، والمسألة بتمامها مع فروعها مرّت فى كتاب الشهادات.

١٦٨٥٩ - دار فى يدى رجل أقام رجل البينة، أن أباه اشترى هذه الدار من صاحب اليد بألف درهم، وقد مات، وصاحب اليد يجحد ذلك، قال : لا أكلفه البينة أن أباه مات وتركها ميراثًا له، ولكن أسأله البينة أنهم لا يعلمون له وارثًا غيره، فإن أقامها أمرت صاحب اليد بدفع الدار إليه، وإنما لم يكلف إقامة البينة أن أباه مات، وتركها ميراثًا له؛ لأنه لما ادعى على ذى اليد بيعة من أبيه، وكل بائع مقر بالملك للمشترى منه صار دعواه بيع ذى اليد من أبيه بمنزلة دعوى إقرار ذى اليد بالملك لأبيه.

ولو ادعى إقرار ذى اليد بالملك لأبيه، وأقام على ذلك بينة، كفى ذلك حجة للقضاء، ولا يشترط فيه جر الميراث، كذا ههنا، بخلاف ما لو أقام البينة على نفس الملك للمورث. وإن كانت الدار فى يد غير المدعى عليه البيع من أبيه، فالقاضى يسأله البينة على أن أباه مات، وتركه ميراثًا له؛ لأن المدعى على صاحب اليد هنا نفس الملك للمورّث، لا إقراره بالملك للمورّث، وهذا لأن دعوى الإقرار على ذى اليد فى المسألة

(١) هكذا فى ف وم، وكان فى الأصل : "ملك لى".

الأولى فى ضمن دعوى البيع عليه، والمدعى فى هذه المسألة لا يدعى البيع على ذى اليد، فكان هذا فى حق ذى اليد دعوى نفس الملك للمورّث، فلا بد من جرّ الميراث، أو ما يقوم مقامه.

١٦٨٦٠- رجل فى يديه دار يزعم أنه ورثها من أبيه، جاء رجل وادعى أنه اشتراها من أبى ذى اليد فى حال حياته، ولم يقل وهو يملكها، وكذلك الشهود فى شهادتهم لم يقولوا: وهو يملكها، فالقاضى يقضى بالدار للمدعى؛ لأن صاحب اليد مقر بملك الأب حيث ادعى الإرث. وكذلك لو كان الأب حيّا، وادعى المدعى الشراء من أب ذى اليد، وذو اليد يدعى أن أباه وهبها له، فالقاضى يقضى للمدعى ببينته، وإن لم يقولوا فى شهادتهم: وهو يملكها، وإنما يحتاج إلى قول الشهود فى شهادتهم: وهو يملكها، إذا لم يكن ذو اليد مقرّا بالملك للمدعى عليه الشراء، بأن لم يدّع التملك من جهته.

١٦٨٦١- قال محمد رحمه الله فى "الجامع": رجل فى يديه دار، ادعاها رجلان: أحدهما ابن أخى الذى الدار فى يديه، ووارثه لا وارث له غيره، وأقام كل واحد من الرجلين شاهدين أن الدار دار أبيه، مات وتركها ميراثًا له، لا نعلم له وارثًا غيره، فسمع القاضى بينتهما، فقبل أن تزكّيا مات العمّ الذى الدار فى يديه، فإن القاضى يسلم الدار إلى ابن الأخ؛ لأنه وارث الميت، فيقوم مقامه فيما كان فيه يده، كما يقوم مقامه فى أملاكه، فإن سلّم القاضى الدار إلى ابن الأخ، ثم زكيت البينتان، فالقاضى يقضى بالدار بين ابن أخ ذى اليد وبين الأجنبى نصفان، وكان ينبغى أن يقضى بالدار كلها للأجنبى؛ لأن الأجنبى خارج وقت القضاء، وابن الأخ ذواليد، ألا ترى أن ابن الأخ لو أقام البينة على ما ادعى حال حياة العمّ، ولم يقم الأجنبى البينة، ولم يقض القاضى ببينة ابن الأخ حتى مات العمّ، وسلّم القاضى الدار إلى ابن الأخ، ثم أقام الأجنبى البينة على ما ادعى، فإنه يقضى ببينة الأجنبى.

وكذلك إذا لم يقيما البينة حال حياة العم حتى مات العم، ثم أقاما البينة، فإنه يقضى بالدار للأجنبى، لهذا أن الأجنبى خارج وقت القضاء حقيقة، فهو خارج حكمًا.

وقد اختلف عبارة المشايخ فى بيان ذلك، فعبارة بعضهم أن ابن الأخ لم يرث الدار

من العم في هذه الصورة، والقاضي سلّم الدار إلى ابن الأخ على وجه الحفظ بطريق النيابة عن العم لا على وجه الميراث.

بيان هذا الكلام: أن الدار صارت مشغولة بحق الأجنبي حال حياة العمّ، فإنه ثبت للأجنبي بإقامة بينة عادلة حق الملك في هذه الدار، وبالتزكية ظهر أنها كانت عادلة، ولهذا لم يجز بيع المدعى عليه، وكون التزكية مشغولة بحق الأجنبي يمنع الإرث، كما لو كان فيها دين مشتغرق لأجنبيّ، أو كان في الدار وصية، وإذا امتنع لحق الأجنبيّ بقيت الدار على حكم ملك العم كأنّ العم حيّ، ولو كان العمّ حيّا، ودفع الدار إلى ابن الأخ على وجه الحفظ بطريق النيابة عن العم، أليس أنه يقضي بالدار بينهما نصفان؟ واعتبر ابن الأخ خارجًا حكمًا في هذه الصورة مع كونه صاحب اليد حقيقة، ويمكن تقرير هذه العبارة من وجه آخر، وسنذكر ذلك الوجه في تعريفات هذه المسألة -إن شاء الله- .

وليس كما لو أقام ابن الأخ البينة حال حياة العم، وأقام الأجنبي البينة بعد وفاة العمّ، فإن هناك يقضي بكل الدار للأجنبي، وتبطل بينة الأخ؛ لأن هناك ابن الأخ وقت القضاء صاحب اليد حقيقة وحكمًا. بيانه: أن هناك الدار حال موت العمّ مشغولة بحق ابن الأخ الذي هو وارث لا بحق الأجنبي، وشغل التركة بحق الوارث، لا يمنع الإرث، ألا ترى أن الدين المستغرق للتركة لو كان للوارث لا يمنع ذلك جريان الإرث، فصارت الدار لابن الأخ، وزال عن ملك العمّ ويده حقيقة وحكمًا، فصار الملك واليد لابن الأخ حقيقة وحكمًا، وبقي الأجنبي خارجًا حقيقة وحكمًا، وليس كما لو لم يقيما البينة حال حياة العم حتى مات العم، ثم أقاما البينة؛ لأن هناك الدار وقت موت العم لم تكن مشغولة بحق الأجنبي؛ لأنه لم يوجد من الأجنبي إلا مجرد الدعوى، وبه لا يثبت الحق، ولهذا أجرى إقرار المدعى عليه المدعى به لغيره في هذه الصورة مجرى[1] الإرث، فصارت الدار مملوكة لابن الأخ، وصار هو صاحب اليد حقيقة وحكمًا.

وعبارة بعضهم: أن ابن الأخ وإن ورث الدار من العمّ، وصار ذو اليد حقيقة، فقد بقي خارجًا حكمًا ومعنًى.

بيانه: أنه لم يملك الدار على الوجه الذي ادعى وأراد، فإنه ادعى أن هذه الدار

---

(١) هكذا في ظ، وكان في الأصل وف م: " مجرد ".

موروثة له من جهة الأب، لا من جهة العم، وله فى هذه الدعوى فائدة بعد موت العمّ حتى لا يتعلق بهذه الدار حقوق العمّ متى ظهر على العمّ دين أو وصية، ولم يجعل هذا المقصود لابن العم بموت العمّ، وصورة الدار ميراثًا له، فبقى محتاجًا إلى إثبات ما ادعى بالبينة لكونه ثابتًا بظاهر يده، وليس كما لو لم يقيما البينة حال حياة العمّ حتى مات العم، ثم أقاما البينة، فإن هناك يقضى ببينة الأجنبى، ولم يجعل ابن الأخ خارجًا، وإن كان محتاجًا إلى إثبات ما ادعاه بالطريق الذى قلنا؛ لأنا إنما نعتبر الحاجة إلى إثبات المدعى فى جانب ابن الأخ إذا كان لابن الأخ منازع فى هذه الدار وقت موت العم، ثبت لمنازعه نوع خصوصية بهذه الدار من بين سائر الناس، بأن أقام شاهدين أو أقام شاهدًا واحدًا؛ لأن بإقامة شاهدين ثبت له حق الملك، وبإقامة شاهد واحد صار بحال إذا أقام شاهدًا آخر يستحق الدار، ووقت موت العمّ لم يثبت له نوع خصوصية من بين سائر الناس، بأن وجد مجرد الدعوى لا تعتبر مقصود ابن الأخ فى هذه الحالة، فلا تقبل بينته، وهذا لأن ما هو مقصود ابن الأخ مما ادعى قد يحتاج إليه ابن الأخ بأن ظهر على العمّ دين أو وصية، وقد لا يحتاج إليه ابن الأخ بأن لا يظهر عليه دين أو وصية، وقد يظهر وقد لا يظهر، فوجب مراعاة مقصوده فى حال دون حال مراعيًا من الوجه الذى بينا، وليس كما لو أقام ابن الأخ البينة على ما ادعى حال حياة العم، ولم يقم الأجنبى بينة، فإنه يقضى بالدار كله للأجنبى؛ لأنه لم يثبت لمنازعه، وهو الأجنبى وقت موت العمّ نوع خصوصية بهذه الدار من بين سائر الناس؛ لأنه لم يوجد منه إلا مجرد الدعوى، وفى هذه الحالة لا يعتبر مقصوده، وإذا لم يعتبر اعتبر هو ذو اليد حقيقة وحكمًا، فيقضى ببينة الأجنبى.

ثم إذا قضى القاضى بالدار بين الأخ وبين الأجنبى نصفين، أقام الرجل الأجنبى بعد ذلك بينة على ابن الأخ أن الدار داره، ورثها من أبيه، وأراد أخذ[1] ما صار لابن الأخ، لم يكن له ذلك؛ لأن كل واحد منهما أقام البينة على كل الدار، ولو لا بينة صاحبه لما حرم عن النصف، فعلم أن كل واحد منهما صار مقضيًا عليه فيما صار لصاحبه بالقضاء، وبينة المقضى عليه فيما صار مقضيًا عليه لا تقبل إلا إذا ادعى تلقّى الملك من جهة المقضى له، ولم يوجد ههنا. فلو أن القاضى زكّى شهود الرجل الأجنبى

(١) وكان فى الأصل فقط: "وأراد أخذها منه، صار لابن الأخ".

بعد موت العم، ولم يزكّ شهود ابن الأخ، قضى بالدار كلها للأجنبى؛ لأن حق الأجنبى قد ظهر من كل وجه، وحق ابن الأخ عسى لا يظهر، وليس لظهوره وقت معلوم، فيقضى بالدار كلها للرجل الأجنبى لهذا، وتبطل بينة ابن الأخ حتى إذا ظهرت عدالتهم لا يقضى له بشىء ما لم يقم البينة ثانيًا[1]؛ لأن القاضى لما قضى بالدار كلها للأجنبى بالدليل الذى ذكرنا مع قيام ما يوجب القضاء بالنصف لابن الأخ، وهو شهادة شهود ابن الأخ تضمن القضاء بالدار كلها للأجنبى إبطال بينة ابن الأخ، وللقاضى ولاية إبطال البينة، إذ الأخ له دليل الإبطال، والقاضى إذا أبطل البينة فى حادثة لا يجوز القضاء بها فى تلك الحادثة أبدًا.

فإن جاء ابن الأخ بعد ذلك بشهوده شهدوا أن هذه الدار داره، ورثها من أبيه، قبل القاضى شهادته، وقضى بكل الدار لابن الأخ[2]، سواء جاء بشهود آخرين، أو جاء بتلك الشهود؛ لأنه لو لم يقبل شهادة شهوده إنما لا تقبل لصيرورته مقضيًا عليه ببينة الأجنبى، ولا وجه إليه؛ لأن بينة الأجنبى قامت على العم، لا على ابن الأخ، وهذا الجواب ظاهر فيما إذا جاء بشهود آخرين، مشكل فيما إذا جاء بتلك الشهود، وينبغى ألا تقبل شهادتهم فى هذه الصورة؛ لأن القاضى أبطل شهادتهم فى عين هذه الحادثة، والقاضى متى أبطل شهادة الشهود فى حادثة لا تقبل شهادته فى عين تلك الحادثة، وإن صاروا عدولا.

والجواب عن هذا الإشكال من وجهين: أحدهما: أن القاضى ما رد شهادتهم لتهمة الكذب، بل ضرورة القضاء بتلك الدار لأجنبى، ورد الشهادة إذا لم يكن لتهمة الكذب لا يمنع قبولها بعد ذلك، والثانى: إن كان رد الشهادة لتهمة الكذب، ولكن هذه حادثة أخرى غير تلك الحادثة؛ لأن المشهود عليه فى الكرة الأولى العم، والمشهود عليه فى الكرة الثانية ابن الأخ، والشهادة متى ردت لتهمة الكذب إنما لا تقبل تلك الشهادة فى عين تلك الحادثة لا فى حادثة أخرى، ألا ترى أن الفاسق إذا شهد، و رُدّت شهادته فى باب، وشهد للمشهود له فى حادثة أخرى، قبلت شهادته، كذا ههنا، فإن قال

---

(١) كانت هذه العبارة متكررة.

(٢) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وف وم: "وقضى الدار للأجنبى سواء".

الأجنبى بعد ذلك : أنا أعيد البينة على ابن الأخ أن الدار دارى ورثتها ، فالقاضى لا يقبل بينته ؛ لأنه صار مقضيًا عليه من جهة ابن الأخ .

قال : ولو أن القاضى ذكر شهود ابن الأخ بعد موت العم ، وما زكّى شهود الأجنبى ، قضى بكل الدار لابن الأخ ، وبطلت بينة الأجنبى حتى لو زكيت شهوده بعد ذلك ، لا يقضى له بشىء ؛ لما قلنا : فى جانب ابن الأخ . فإن أعاد الأجنبى البينة على ابن الأخ بعد ما قضى القاضى لابن الأخ ، قضى للأجنبى . فإن قال ابن الأخ : أنا أعيد البينة على الأجنبى ، لم يلتفت القاضى إليه ؛ لما قلنا .

قال : فإن أقام الأجنبى البينة حال حياة العم أن الدار داره ، ورثها من أبيه ، ولم يقم ابن الأخ البينة على دعواه حتى مات العم ، وصارت الدار فى يد ابن الأخ بحكم الميراث ، ثم أقام ابن الأخ البينة على دعواه ، وزكيت بينتهما ، قضى بالدار بينهما ، وإن صار اليد لابن الأخ ؛ لما ذكرنا من العبارتين .

وقد ذكرنا قبل هذا فى عبد فى يدى رجل أقام رجل بينة ، أنه عبده اشتراه من ذى اليد بكذا ، ونقده ، وأقام ذو اليد بينة أنه عبد فلان الغائب أودعه إياه ، لا تندفع الخصومة عن ذى اليد ؛ لأنه انتصب خصمًا بدعوى الفعل عليه ، فلو أن القاضى لم يقض ببينة مدعى الشراء حتى حضر المقر له ، وصدّق ذو اليد فى إقراره ، فإنه يدفع العبد إليه ، فإن زكيت بينة مدعى الشراء ، يقضى لمدعى الشراء بالعبد على المقر له ، فلو أن المقر له أقام البينة أن العبد عبده ، كان أودعه الذى كان العبد فى يده ، يقضى بالعبد كله للمقر له ، وتبطل بينة مدعى الشراء .

وذكرنا ثمة عن الفقيه محمد بن حامد رحمه الله : أن ابن سماعة كتب إلى محمد فى مسألة العبد ، ولم يذكر ثمة كيفية المكتوب ، وكان كيفية المكتوب : ما بال الغائب المقر له إذا أقام البينة أن العبد عبده أودعه المقر ، قضيتم بالعبد له ، ولم تقضوا بها بينه وبين مدعى الشراء نصفان ، وأنتم جعلتم اليد للمقر فى الحكم ، وإن كان العبد فى يد الغائب المقر له ، وإذا جعلتم اليد للمقر صار الغائب مع مدعى الشراء خارجين يدعيان على ذى اليد عبدًا أو دارًا .

وذكرنا أن ابن سماعة : استشهد بمسألة تأتي بعد هذا وهي[١] هذه المسألة : ابن سماعة كتب إلى محمد : أن الأمر كما تقول : إن العبد يقضى بين المقر له وبين المدعى للشراء نصفين، كما في هذه المسألة التي وقع الاستشهاد بها. وذكرنا ثمة أن القاضي أبا الهيثم كان يصحح جواب محمد في مسألة العبد : أنه يقضى بالعبد كله للمقر له، وذكرنا وجه ذلك : أن مدعى الشراء يدعى الاستحقاق من جهة صاحب اليد الأول، والغائب المقر له لا يدعى الاستحقاق من جهة صاحب اليد الأول، ولهذا يثبت الترجيح لبينة الغائب المقر له، وبهذا الحرف يقع الفرق بين مسألة العبد وبين مسألتنا هذه؛ لأن الأجنبي مع ابن الأخ كل واحد منهما يدعى الاستحقاق على العم، ولا يدعى أحدهما استحقاقًا على صاحبه، وصاحبه من جهته حتى يترجح، فيقضى بينه وبين ابن الأخ نصفان من هذا الوجه. ومن مشايخنا من اتبع القاضي أبا الهيثم في تصحيح جواب محمد : أنه يقضى بالعبد كله للمقر.

وذكر بين مسألة العبد وبين مسألتنا فرقًا آخر، فقال : المقر له في مسألة العبد غير محتاج إلى إثبات ملكه في العبد بعد ما أقر له ذو اليد؛ لأن العبد صار ملكًا له على الوجه الذي ادعى بإقرار ذي اليد، فاستغنى عن إثبات الملك لنفسه، إنما حاجته إلى أن يبين أن بينة مدعى الشراء قامت على غير خصم حتى يبطل بينته، فإن لذي اليد أن يطعن في بينة الخارج حتى يبطل بينته، وقد بين المقر له بما أقام من البينة أن بينة مدعى الشراء قامت على غير خصم؛ لأنها قامت على مودعه، وبالمودع لا يكون خصمًا فيما يستحق على صاحب الوديعة، فبطلت بينة المشتري، إلا أن يعيدها ثانية على المقر، فأما في مسألتنا هذه الدار وإن صارت لابن الأخ بعد موت العم إلا أنها لم تصر له على الوجه الذي أراد وادعى على ما مر بيانه، فبقي محتاجًا إلى إثبات[٢] ما ادعى، فاعتبر خارجًا معنى، والأجنبي خارج حقيقة يقضى بالدار بينهما.

ولو أقام كل واحد منهما شاهدًا واحدًا حال حياة العم، ثم مات العم، وصارت الدار ميراثًا بين الأخ، ثم أقام كل واحد منهما شاهدًا آخر، وزكيت البينتان، قضى

---

(١) هكذا في الأصل، وكان في بقية النسخ : "أو".

(٢) وفي الأصل : "إثبات الملك ما ادعى".

بالدار بينهما نصفان، وهذا الجواب لا يشكل على الوجه الثانى؛ لأن ابن الأخ على الوجه الثانى اعتبر خارجًا، وإن ملك الدار بالإرث على ما مر، أما يشكل على الوجه الأول؛ لأن بإقامة الأجنبى شاهدًا واحدًا، لا يثبت له حق الملك فى الدار حتى يمتنع الإرث فى الدار لحق الأجنبى، فيصير الدار ميراثًا لابن الأخ، فيعتبر هو ذو اليد، والوجه فى ذلك أن نقول: بإقامة الشاهد الواحد إن كان لا يمنع الإرث فى الدار لابن الأخ من حيث إنه لم يثبت للأجنبى حق الملك فى الدار، يمنع الإرث[1] له من وجه آخر حتى لا يبطل ما أقام الأجنبى من الشاهد الواحد بمجرد قول ابن الأخ الذى يحتمل الصدق والكذب.

بيانه: أن شهادة الشاهد الواحد من الأجنبى انعقدت معتبرة فى الجملة، فلو ورث ابن الأخ الدار من العم، وصار ذو اليد لا بد وأن يقبل قوله: إنه ورثها من أبيه لا من عمه؛ لأن قول الإنسان فى ملكه مقبول فى بيان جهة الملك واليد، وهذا العبد الذى فى يديك عبدى وهبه لى عبد الله، وصدّقه عبد الله، وكذبه ذو اليد، ثم إن هذا الرجل اشترى هذا العبد من ذى اليد حتى ملكه، يجعل العبد فى يده بحكم الهبة له من عبد الله، حتى كان لعبد الله أن يرجع فيه، فثبت أن قول الإنسان فى ملكه مقبول فى جهة الملك، فيقبل قوله: إنه ورثها من أبيه، ومتى قبل قوله: إنه ورثها من أبيه لا من عمه يبطل ما أقام الأجنبى من الشاهد الواحد، ويلزمه الإعادة ثانيًا؛ لأنه لم يقم مقام العبد فى هذه الدار، حتى يجعل إقامة الشاهد الواحد على العم كإقامته عليه، إنما قام مقام أبيه فى هذه الدار، ولم يقم للأجنبى الشاهد على أبيه، إنما أقامه على عمه، فبطل ما أقام الأجنبيى من الشاهد الواحد بمجرد إقرار ابن الأخ الذى هو محتمل للصدق والكذب، فلهذه الضرورة امتنع الإرث، والتقريب ما ذكرنا.

قال: ولو كان كل واحد منهما أقام شاهدًا واحدًا على العم، فلما مات العم أقام الأجنبى شاهدًا آخر، فزكى شاهدًا، وقضى القاضى له بالدار، ثم إن ابن الأخ أقام شاهدًا آخر على حقه مع الشاهد الأول، فالقاضى لا يلتفت إلى ذلك؛ لأن ما أقام ابن الأخ من الشاهد الواحد على العم قد بطل بقضاء القاضى للأجنبى ببينته، ألا ترى أنه لو

---

(١) هكذا فى ظ ف م، وكان فى الأصل: "يمنع الإرث فى الدار لحق الأجنبى له من وجه آخر".

كان أقام شاهدين على العم، تبطل شهادتهما بقضاء القاضى للأجنبى بالدار، فأولى أن يبطل الشاهد الواحد، فإن أعاد ابن الأخ الشاهدين على الأجنبى، قضى له بالدار؛ لأنه لم يصر مقضيّا عليه ببينة الأجنبى؛ لأن بينة الأجنبى قامت على العم، وابن الأخ لا يدعى تلقى الملك من جهة العم، إنما يدعى ذلك من جهة أبيه.

١٦٨٦٢- قال محمد فى "الجامع" أيضًا: دار فى يدى رجل يدعى أنها داره، فأقام آخر بينة أنها داره ورثها من أبيه فلان، لا وارث له غيره، وأقام آخر على ذى اليد بينة أنها دار أبيه فلان مات، وتركها ميراثًا له ولأخيه هذا الذى الدار فى يديه، لا وارث له غيرهما، وذو اليد يجحد ذلك، ويدعى أنها داره، وزكيت البينتان، ذكر أنه يقضى بالدار بين الخارج الأجنبى، وبين أخى ذى اليد أرباعًا، ثلاثة أرباعها للخارج الأجنبى، وربعها لأخى ذى اليد، ولا شىء لذى اليد، هكذا ذكر فى الكتاب من غير ذكر خلاف، من مشايخنا من قال: ما ذكر فى الكتاب قول أبى حنيفة رحمه الله، أما على قولهما: يجب أن يقضى بالدار بينهما أثلاثًا، ثلثاها للخارج الأجنبى، وثلثاها لأخى ذى اليد، وهذا القائل جعل هذه المسألة فرعًا لمسألة أخرى ذكرها فى كتاب الدعوى.

وصورتها: رجل فى يديه دار تنازع فيها رجلان أحدهما ادعى كلها، وادعى الآخر نصفها، وأقاما جميعًا البينة، ذكر أن الدار يقضى بينهما أرباعًا عند أبى حنيفة على طريق المنازعة، وعندهما: يقضى بينهما أثلاثًا على طريق المضاربة، فههنا يجب أن يكون كذلك؛ لأن الخارج الأجنبى ادعى لنفسه كل الدار، وأخو ذى اليد ادعى لنفسه نصف الدار، ومنهم من قال: هذه المسألة على الوفاق، وما ذكر من الجواب قول الكل، عرف ذلك برواية ابن سماعة فى "نوادره" عن محمد: أن القاضى يقضى بالدار بين الخارج الأجنبى، وبين أخى صاحب اليد أرباعًا.

وبيان ذلك: أن الأجنبى مع أخى ذى اليد كل واحد منهما يدعى جميع الدار لأبيه؛ لأنه يدعى الملك لنفسه بطريق الميراث عن الأب، وصح دعوى أخى ذى اليد جميع الدار لأبيه، كما صح دعوى الأجنبى؛ لأن أحد الورثة ينتصب خصمًا عن الميت فيما يستحق له. وإذا صح دعوى كل واحد منهما جميع الدار، صار كأن أبا كل واحد منهما حى، وادعى لنفسه كل الدار، وشهد الشهود له بذلك، وهناك يقضى بالدار بين

الأبوين نصفان، فكذا ههنا يكون نصف الدار لأبى الأجنبى، والنصف لأبى أخى ذى اليد، إلا أن أخا ذى اليد لا يدعى لنفسه من النصف الذى صار لأبيه إلا نصفه، وهو ربع الكل، فإن فى زعمه أن هذا النصف له ولأخيه كل واحد نصفه، وهو ربع الكل، وأخوه لا يدعى ذلك الربع لنفسه، فيستحقه الأجنبى؛ لأن الأجنبى أثبت كل الدار لنفسه، لكن لم يقض له بجميع الدار لمنازعة[1] أخى ذى اليد[2] إياه، ولا منازعة لأخى ذى اليد معه إلا فى مقدار الربع، فيسلم ما وراء الربع للأجنبى، بخلاف مسألة الدعوى؛ لأن هناك مدعى الجمع يدعى لنفسه كل الدار، ومدعى النصف يدعى النصف لا غير، فكانت المسألة على الخلاف، أما ههنا بخلافه.

فإن أراد ذو اليد أن يدخل مع أخيه فى الربع الذى صار له، وقال له: قد أقررت بأن النصف الذى أصاب لأبينا من هذه الدار بينى وبينك نصفان، فما ورد عليه الاستحقاق يكون مستحقًا على الكل، وما بقى يبقى على الكل، فليس له ذلك؛ لأن من حجة أخيه أن يقول: الاستحقاق ورد عليك بجحودك، وجحودك حجة فى حقك خاصة، دون غيرك، فهو بمنزلة نصرانى مات عن ابنين، ثم أسلم أحدهما، ثم شهد نصرانيان على الميت بدين، فإنه يستوفى كله من نصيب الابن النصرانى، ولا يرجع هو على أخيه المسلم بشىء؛ لأن الاستحقاق وقع عليه بما هو حجة فى حقه دون غيره.

أو نقول بعبارة أخرى: الأخ يقول لذى اليد: الاستحقاق ورد عليك؛ لأنك كنت ذا اليد، أما أنا فكنت خارجًا، وما كان للقاضى أن يقضى بنصيبى لاستواءنا فى كوننا خارجين، أو نقول بعبارة أخرى: الأخ يقول لذى اليد: قضاء القاضى بالربع للأجنبى انصرف إلى نصيبك خاصة؛ لأن تصحيح قضاء القاضى واجب ما أمكن، وإنما يصح قضاء القاضى بكل الربع للأجنبى إذا كان كل الربع لذى اليد، أما إذا كان مشتركًا بينه وبين أخيه، لا يصح فى نصيب أخيه؛ لأن الأجنبى صار مقضيًا عليه فيما صار لأخى ذى اليد بالقضاء، وبينة المقضى عليه لا تسمع على المقضى له إلا إذا ادعى تلقى الملك من جهة المقضى له، فعلم أن القضاء انصرف إلى نصيب ذى اليد خاصة.

---

(١) هكذا فى الأصل، وفى "مظ": لمنازعة.

(٢) هكذا فى "مظ"، وفى الأصل: أخى اليد.

قال : ولو كان الذي في يديه الدار أقر أنه ورثها من أبيه بعد ما أنكر الوراثة ، وبعد ما أقاما البينة ، فالجواب فيه والجواب فيما إذا لم يقر بالوراثة سواء ، يقضى بثلاثة أرباع الدار للأجنبي ، وبربعها لأخي ذي اليد ؛ لأن إقراره لم يصح في حق أخيه ؛ لأن أخاه استحق ربع الدار بالبينة ، وبإقرار صاحب اليد يبطل ذلك الاستحقاق ؛ لأنه يصير صاحب اليد مع صاحب اليد[1] ؛ لأن التركة في يد أحد الورثة كنها في يد الكل حكمًا على ما عرف ، وبينة ذي اليد في دعوى الملك المطلق والميراث مع بينة الخارج لا يقبل عندنا ، فلم يصح إقرار ذي اليد في حق أخيه ، وصار وجوده والعدم بمنزلة ، ولو انعدم إقراره أليس أنه يقضى بالدار بينهما أرباعًا ، فكذا ههنا .

وإن كان إقرار ذو اليد بالوراثة قبل إقامتها البينة ، ثم أقاما البينة ، يقضى بكل الدار للأجنبي ؛ لأن إقرار ذي اليد في هذه الصورة صحيح في حق أخيه ؛ لأنه لا يبطل عليه حقه ؛ لأنه بمجرد الدعوى لا يستحق شيئًا ، فإذا صح إقراره في حق أخيه صارا جميعًا ذا اليد على ما ذكرنا ، وكان بينة الخارج أولى ، فلهذا قضى بجميع الدار للأجنبي .

قال : ولو كان ذو اليد من الابتداء ادعى أن هذه الدار كانت لأبيه ، مات وتركها ميراثًا بينه وبين أخيه فلان ، وأخوه غائب ، فأقام الأجنبي البينة على أنها داره ورثها من أبيه ، وقضى القاضي بالدار للأجنبي ببينته ، ثم حضر أخو ذي اليد ، وأقام البينة أن الدار كانت لأبيه فلان مات ، وتركها ميراثًا بينه ، وبين أخيه ذي اليد ، فإن القاضي لا يقبل بينته ؛ لأن إقرار صاحب اليد قبل إقامة الأجنبي البينة صحيح في حق أخيه على ما مر ، وثبت بإقراره كون الدار ميراثًا بينه وبين أخيه الغائب ، وأحد الورثة ينتصب خصمًا عن الميت وعن باقي الورثة فيما يكون ميراثًا عن الميت ، فصار الغائب مقضيًا عليه بالقضاء على ذي اليد ، فلا تقبل بينته بعد ذلك .

وإن كان إقرار ذي اليد أن الدار ميراث بينه وبين أخيه الغائب فلان بعد ما أقام الأجنبي عليه البينة أنها داره ورثها من أبيه ، وقضى القاضي عليه للأجنبي بكل الدار ، ثم حضر أخو ذي اليد ، وأقام البينة على أن الدار كانت لأبيه ، مات ، وتركها ميراثًا بينه وبين أخيه ، قبل القاضي بينته ؛ لأن إقرار ذي اليد على أخيه في هذه الصورة لا يصح ؛

---

(١) هكذا في الأصل وف ، وكان في ظ وم : "لأنه يصير صاحب اليد مع صاحب اليد ؛ لأن التركة" .

لأن الأجنبى ببينته استحق القاضى على صاحب اليد بجميع الدار على أن يكون المقضى عليه صاحب اليد لاغير ، وذو اليد بإقراره بعد ذلك يريد أن يجعل أخاه مقضيًا عليه أيضًا على ما ذكرنا ، وفى ذلك ضرر على أخيه ؛ لأنه لا تسمع بينته حين حضر ، فلم يصح إقرار ذى اليد على أخيه ، ولم يصر الأخ مقضيًا عليه ، فيقبل بينته كما يقبل بينة أجنبى آخر ، ثم يقضى له بنصف الدار ؛ لأنه لا يدعى لنفسه إلا نصف الدار .

١٦٨٦٣ - قال : وإذا كانت الدار فى يدى رجل يدعى أنها له ، لا حق لأحد فيها ، جاء رجل ، وادعى أنها داره ، وورثها من أبيه ، وأقام على ذلك بينة ، وقضى القاضى بالدار للمدعى ، ودفعها إليه ، ثم حضر أخو الذى كانت الدار فى يديه ، وأقام بينة أن الدار كانت لأبيه مات ، وتركها ميراثًا له ولأخيه فلان الذى كانت الدار فى يديه ، فالقاضى يقضى بنصف الدار لأخى ذى اليد ، ويدع نصف الدار على حاله فى يد المقضى له ، وإنما قبل بينته لأنه لم يصر مقضيًا عليه بالقضاء على أخيه ذى اليد لما جحد ذو اليد كون الدار ميراثًا ، وإنما قضى له بنصف الدار ؛ لأنه لا يدعى لنفسه إلا نصف الدار ، فإن ازداد ذواليد أن يدخل على أخيه فى النصف الذى قضى له ، ليس له ذلك ؛ لما ذكرنا .

١٦٨٦٤ - إذا كانت الدار بين ثلاثة نفر غير مقسومة ، مات أحدهم ، فأقام رجل البينة أنه أخو الميت ووارثه ، لا يعلمون له وارثًا غيره ، وقضى القاضى له بنصيب الميت ، ثم جاء رجل آخر ، وادعى أنه ابن الميت ، وكذّبه الأخ ، وصدقه الشريكان فى الدار ، فأراد أن يدخل فى نصيبهما ؛ لما أنهما أقرا بشركته فى الدار ، ليس له ذلك .

وكذلك لا يدخل فى نصيب الأخ المقضى له بنصيب الميت ، أما لا يدخل فى نصيب الأخ ؛ لأن ذلك صار ملكًا له ظاهرًا بحكم القضاء ، والملك الثابت للإنسان لا يستحق إلا بإقراره أو ببينة تقوم ، ولم يوجد شىء من ذلك ههنا .

فلو قيل : وجدت البينة ههنا ؛ لأن الشريكان شهدا بذلك له . قلنا : المذكور فى الكتاب أنهما شهدا به ، وإقرار الإنسان ليس بحجة على غيره ، وأما لا يدخل فى نصيب الشريكين وإن أقرا أن له شركة فى الدار ؛ لأنهما إنما أقرا له بنصيب الميت ، ونصيب الميت كله صار للأخ بقضاء القاضى ؛ لأن قضاء القاضى انصرف إلى نصيب الميت تصحيحًا

للقضاء، فإنما أقرا له بما في يد الأخ[1] لا ما في أيديهما، فلا يكون له أن يدخل في نصيبهما.

قال في الكتاب: ألا ترى أن رجلا لو أقام بينة، أنه اشترى من الميت في حياته نصيبه بألف درهم، ونقد الثمن، وقضى القاضي له بذلك، وجحد وارث الميت أن البيع لم يكن، وأن المدعى مبطل في دعواه، وأن شهوده شهدوا بزور، أكان للوارث أن يدخل في نصيب الشريكين؟ لا شك أنه ليس له ذلك؛ لأن الثابت بالبينة كالثابت عيانًا.

ولو عاينا أن الميت باع نصيبه من الدار، لا يكون لوارث الميت أن يدخل فيما في يد الشريكين؛ لأن البيع انصرف إلى نصيبه خاصة، فلم يكن له أن يدخل بعد هذا فيما في يد الشريكين، فكذا إذا انصرف القضاء إلى نصيب الميت لا يكون للابن أن يدخل في نصيب الشريكين.

قال: ولو كان الأخ أخذ نصيب الميت بغير قضاء، بأن غلب عليه وأخذه، ثم جاء رجل وادعى أنه ابن الميت، وصدّقه الشريكان في ذلك، وكذّبه الأخ، دخل الابن في نصيب الشريكين؛ لما ذكرنا أن قضاء القاضي انصرف إلى نصيب الميت خاصة، ولما تميز نصيب الميت عن نصيب الشريكين كان إقرار الشريكين للابن[2] بنصيب الميت، لا بما في أيديهما، فلايكون له حق المشاركة فيما في يد الشريكين، أما ههنا لم يوجد ما يوجب تميز نصيب الميت عن نصيب الشريكين وهو قضاء القاضي، فبقيت الدار مشاعًا بينهم، فما توى منها بالاستيلاء للأخ عليها يتوى على الشركة، وما بقي يبقى على الشركة، هذا هو الحكم في المال المشترك إذا ذهب منه شيء. وإذا كان الباقي على الشركة بين الشريكين وبين الميت، فنقول: الشريكان أقرا بما هو للميت في أيديهما لمدعي البنوة، فيصير ذلك له بإقرارهما، فيدخل على ما في يد الشريكين لهذا.

١٦٨٦٥ - قال: ولو أن الدار كانت في يد الثلاثة، فمات واحد منهم، وأقام رجل البينة أنه أخو الميت ووارثه، لا وارث له غيره، وقضى القاضي بالثلث لهذا الأخ، ثم إن هذا الأخ مع الشريكين اقتسموا الدار بقضاء أو بغير قضاء، وأخذ كل واحد منهم منزلا

(١) هكذا في ظ، وكان في الأصل ف وم: "الآخر".

(٢) هكذا في ظ، وكان في الأصل وف وم: "الأب".

منها، ثم جاء رجل، وادعى أنه ابن الميت، وصدقه الشريكان فى ذلك، وكذبه الأخ، فإن الابن يدخل مع الشريكين فيما فى أيديهما.

فرق بين هذا وبينما قبل القسمة، وقد أخذ الأخ نصيب الميت بقضاء القاضى، فإنه لايدخل الابن فى نصيب الشريكين. والفرق: وهو أن قبل القسمة إنما لا يدخل الابن فى نصيب الشريكين؛ لأنهما أقرا له بنصيب الميت، ونصيب الميت فى يد الأخ ليس فى يد الشريكين من ذلك شيء، فأما بعد القسمة وصل إلى كل واحد من الشريكين ثلث ما كان من نصيب الميت؛ لأن كل منزل أخذه كل واحد من الشريكين بالقسمة على ثلاثة أسهم، سهم من ذلك ملكه فى الأصل، وسهم منه من نصيب شريكه بإزاء ثلث منزل تركه على شريكه من نصيبه، وسهم منه من نصيب الأخ ملكه بإزاء ما ترك على الأخ من نصيبه، فإذا أقرا بالابن، فقد أقرا أن الثلث مما فى أيديهما له، فيؤمران بالتسليم إليه، وإنما قلنا: بأنه وصل إلى كل واحد من الشريكين ثلث ما كان من نصيب الأخ؛ لأن القسمة فى الأشياء المتفاوتة إفراز لعين الحق من وجه، ومبادلة من وجه، إفراز من حيث إن القسمة فى الأصل وضعت لإفراز الأنصباء، كما فى قسمة المكيلات والموزونات، ولهذا يجبر كل واحد من الشركاء على القسمة، ومبادلة من حيث إن ما يأخذ كل واحد من الشركاء بعضه ملكه فى القديم، وبعضه ملك صاحبه بإزاء البعض الذى تركه على صاحبه من ملكه، وهذا هو معنى المبادلة، والعمل بمعنى المبادلة والإفراز متعذر فى حق كل شخص لمكان التنافى، فاعتبرنا معنى الإفراز فى حق الشركاء، فأجبرنا كل واحد منهم على القسمة، واعتبرنا معنى المبادلة فى حق الثالث، إذا ثبت هذا، فنقول: الابن المقر له ثالث، فيعتبر القسمة مبادلة فى حقه، كأن كل واحد منهما اشترى ثلث المنزل الذى أصابه بالقسمة من الأخ بثلث المنزل الذى تركه عليه، فوجب على كل واحد منهما تسليم ثلث المنزل الذى أصابه بالقسمة إلى الابن.

فإن قيل: هذه القسمة كما اعتبرت إفرازًا فى حق الشركاء اعتبرت إفرازًا فى حق الثالث ولم يعتبر مبادلة، ألا ترى أنه لا يتجدد للشفيع حق الشفعة[1]، فإن من باع نصف الدار شائعًا وله شفيع، فسلم الشفيع الشفعة، ثم إن المشترى قاسم البائع، لا يتجدد

---

(١) هكذا فى ظ، وف وم، وكان فى الأصل: "حق الشفعة؛ لأن القسمة كانت للمشترى فى الربع الذى ملكه المشترى".

للشفيع حق الشفعة فى الربع الذى ملكه المشترى من نصيب البائع بإزاء الربع الذى تركه على البائع، ولو اعتبر مبادلة يتجدّد للشفيع حق الشفعة، والدليل عليه أن ليس للشفيع نقض قسمة المشترى، ولو اعتبر مبادلة فى حق الثالث كان للشفيع حق نقضها، كما كان له حق نقض بيعه.

قلنا: إنما لم يتجدد للشفيع حق الشفعة لأن حالة القسمة، كان للمشترى المقاسم شريكًا له فى الدار، والشفيع جار، والشريك مقدم على الجار، وإنما لا يكون للشفيع أن ينقض القسمة؛ لأن نقضها لا يفيد؛ لأنه لو نقضها احتجنا إلى إعادتها ثانيًا، والثانى أن القسمة مما يؤكد قبض المشترى؛ لأنها من تمام القبض؛ لأن قبل القسمة يكون المقبوض بعضه حقه، وبعضه حق غيره، وبالقسمة يصير المقبوض كله حقه، وليس للشفيع أن ينقض قبض المشترى حتى يأخذ الدار من البائع لتكون العهدة له على البائع من حيث إن البائع أملى من المشترى، فكذا لا يكون له نقض ما يؤكده.

فإن قيل: ما ذكرتم أن القسمة فى الأشياء المتفاوتة تعتبر مبادلة فى حق الثالث مستقيم على قول محمد، غير مستقيم على قول أبى حنيفة وأبى يوسف، فقد ذكرنا فى كتاب الإقرار إذا كانت الدار بين رجلين نصفين، وأوصى أحدهما بمنزل بعينه من الدار المشترى، ثم مات الموصى، فاقتسم شريك الموصى مع ورثة الموصى، إن وقع المنزل الموصى به فى قسم ورثة الموصى، فإنه يصح الوصية فى جميع المنزل، على قول أبى حنيفة أبى يوسف: إذا كان جميع المنزل يخرج من ثلث ماله، وإن وقع فى نصيب شريك الموصى كان للموصى له بالميراث أن يأخذ جميع ذرعان المنزل الموصى من ثلث ماله على قولهما، ولو كانت هذه القسمة مبادلة فى حق الثالث، والموصى له ثالث، كان يجب أن يقال: بأنه إذا وقع المنزل الموصى به فى نصيب ورثة الموصى أن يصح الوصية فى نصف المنزل الموصى به كما قال محمد؛ لأن نصف المنزل الموصى به ملك الموصى وقت الوصية، ونصفه ملك شريكه بإزاء نصف المنزل الذى تركه على شريكه بالقسمة.

١٦٨٦٦- ومن أوصى بعين لا يملكه، ثم ملكه، فإنه لا يصح الوصية به، وإن ملكه بعد ذلك، إلا أن تكون الوصية مضافة إلى حالة الملك، بأن قال: إن ملكت هذا

العين، فهو وصية لك، ثم ملك العين، والوصية ههنا غير مضافة إلى الملك، وقد قالا : بأنه يصح في جميع المنزل إذا وقع في نصيب ورثة الموصى، واعتبراها إفرازًا في حق الثالث، وهو الموصى له، وإذا وقع المنزل الموصى به في نصيب شريكه، كان يجب أن يقال : يستحق الموصى له الأخذ بنصف ذرعان المنزل لا بجميعه؛ لأن نصف ما أصاب ورثة الموصى بدل المنزل الموصى به؛ لأن نصف المنزل الموصى به كان ملكًا للموصى، ونصفه ملك شريكه، وهو إنما يستحق البدل بإزاء ما كان ملكًا له، لا بإزاء ما كان ملك شريكه.

والأصل أن من أوصى بعين ملكه، ثم زال ملكه عن العين من غير اختياره، وأخلف بدلا يتعلق الوصية ببدله، كما لو أوصى بعبد بعينه لإنسان، فقتل قبل موته خطأ، حتى وجبت القيمة، يتحول الوصية إلى بدله، فكذا ههنا تتحول الوصية إلى بدل النصف الذي كان ملكًا له، فأما النصف الآخر من المنزل الموصى به كان ملك شريكه، فالوصية بذلك النصف حصل في ملك الغير، والوصية في ملك الغير لا تصح، لا في عينه ولا في شيء آخر، فكيف يستحق الموصى له الأخذ بذرعان ذلك النصف؟

قلنا : من المشايخ من قال : مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف أن هذه القسمة إفراز محض، والبدل بمنزلة الوصية، وهذا القائل يقول : ما ذكره في "الجامع" قول محمد لا قولهما، وبعد أن سلّم أن المذكور في "الجامع" قول الكل، فالجواب لأبي حنيفة وأبي يوسف أن المنزل الموصى به جميعه مملوك لكل واحد منهما بكماله من حيث الحكم، من حيث إن تصرف شريكه لا ينفذ فيه، لا في جميعه ولا في نصفه شائعًا كأن الكل ملك الآخر، وإذا كان الأمر هكذا نقول : إن وقع المنزل في نصيب ورثة الموصى، يعتبر المنزل بكماله مملوكًا لشريكه حكمًا، وقد اشتراه الموصى بما تركه على شريكه من نصيبه مثل ذلك، إلا أنه مع هذا تصح الوصية منه في جميعه، وإن أوصى[1] بعين لا يملكه وقت الوصية؛ لأنه سبب ملك في العين الموصى به وقت الوصية، وهي الشركة في الدار، فإن الشركة في الدار سبب لثبوت الملك له في المنزل بالقسمة، فقام سبب الملك مقام الملك، فصحت الوصية بجميع المنزل، وإن اعتبر المنزل بكماله ملكًا لشريكه من حيث الحكم.

---

(١) هكذا في ظ، وكان في الأصل وف وم : "قضى".

وإذا وقع المنزل الموصى به فى نصيب شريكه، يعتبر المنزل مملوكًا للموصى بكماله من حيث الحكم، ثم صار لشريك الموصى لما أخذ الموصى من شريكه مثل ذلك، فكان جميع ذرعان المنزل بدل المنزل بهذا الاعتبار، فيتحول الوصية إليها؛ لما ذكرنا أن الوصية بالعين متى صحت، ثم زال العين عن ملك الموصى من غير اختياره، واختلف بدلا أن الوصية تتحول إلى البدل. فإنما وجب تنفيذ الوصية فى جميع المنزل، واستحق الموصى له الأخذ بجميع ذرعان المنزل عند أبى حنيفة رحمه الله لهذا؛ لأن هذه القسمة لم تعتبر مبادلة فى حق الثالث، وهو الموصى له.

وإن كان مكان الدار عروضًا أو ثيابًا، أو ما أشبه ذلك مما لا يكال ولا يوزن، فالجواب فيها كالجواب فى الدار؛ لأن المعنى لا يختلف وإن كان مكانه دراهم أو دنانير، أو ما أشبه ذلك مما يكال أو يوزن من جنس واحد، أو كان من العدديات المتقاربة التى يضمن مستهلكًا بالمثل من جنسها، فاقتسموا ذلك وأخذ كل واحد الثلث بقضاء أو بغير قضاء، فإن الابن المقرّ به لا يدخل فى نصيب المقرين؛ لأن القسمة فى هذه الأشياء إفراز لعين الحق فى حق الناس كافة، ليس فيها معنى المبادلة لعدم التفاوت بين الأجزاء، ألا يرى أن لكل واحد أن يأخذ نصيبه من غير قضاء ولا رضىً، وألا ترى أن ثلاثة لو اشتروا كرّا من طعام بمائة، واقتسموه بينهم، وكل واحد منهم ثلاثة كان له أن يبيع نصيبه وهو الثلث مرابحة على ثلث المائة، ولما كان هكذا لم يصل إلى كل واحد من المقرين شيء من حق الميت ولا كذلك مسألة الدار على نحو ما بينا.

١٦٨٦٧- وفى "نوادر المعلى" عن أبى يوسف: رجل أقام بينة على ميّت أنه أخوه لأبيه وأمه، لا يعلمون له وارثًا غيره، وأقامت امرأة بينة أنها بنت الميت، إنه جعلت الميراث بينهما نصفين، ولا أسألها[1] بيّنة أنهم لا يعلمون لها وارثًا غيرها. قال: ألا ترى أن رجلا لو مات، وترك ابنًا فشهد الشهود أنه وارثه لا يعلمون له وارثًا غيره، وكل أحد أقام بينة على نسبه أشركته فى الميراث، ولا أسأله بينة على عدد جميع الورثة.

١٦٨٦٨- وفى "نوادر بشر" عن أبى يوسف: رجلان فى أيديهما دار، أقام

---

(١) وفى ف وم: "اسئلهما".

أحدهما بينة أن هذه الدار كانت لأمه ماتت، وتركتها ميراثًا بيني[1] وبين أبي أرباعًا، ثم مات الأب، وترك ذلك الربع بيني وبينك، وأقام الآخر بينة أن هذه الدار كانت لأبي مات، وتركها ميراثًا بيني وبينك، قال: آخذ ببينة التي ادعى ثلاثة الأرباع لنفسه، ولا أقبل بينة الآخر؛ لأن الآخر يدعي النصف لنفسه، وهي في يديه، فيكون ثلاثة أرباعها لذلك من قبل أمه، ونصف الربع الآخر له من أبيه، ونصف الربع الآخر بحكم إقراره.

١٦٨٦٩- رجل ادعى على امرأة أنه تزوّجها وأنكرت، ثم مات الرجل، فجاءت تدّعي ميراثه، فلها الميراث. وكذلك لو كانت المرأة ادعت النكاح، وأنكر الزوج، ثم ماتت المرأة، فجاء الرجل يطلب ميراثها، وزعم أنه تزوجها، فله الميراث، ذكر المسألتين في "المنتقى" من غير ذكر خلاف. وفي المسألة الثانية خلاف بين أبي حنيفة وصاحبه، على قول أبي حنيفة: لا ميراث له[2]، وعلى قول أبي يوسف ومحمد: له الميراث، ذكر الخلاف على هذا الوجه في إقرار "الأصل".

١٦٨٧٠- ولو أن امرأة ادعت على زوجها أنه طلقها ثلاثًا، وأنكر الزوج ذلك، ثم مات الزوج، فجاءت، وطلبت ميراثها منه، قال: لم أورّثها منه، وكذلك إن كانت أكذبت نفسها، وزعمت أنه لم يطلقها قبل موتها، وكثير من هذا الجنس من هذه المسائل ذكرناها في كتاب أدب القاضي والشهادات -والله أعلم-.

---

(١) وفي الأصل: "بيني وبينك وبين أبي".

(٢) هكذا في ظ، وكان في الأصل وف وم: "لها" وهو خطأ.

الفصل العاشر
فى دعوى الرجل النكاح على المرأة
وفى دعوى المرأة النكاح على الرجل الآخر

١٦٨٧١- قال محمد رحمه الله: فى رجل ادعى على امرأة أنه تزوجها، وأقام على ذلك بينة، وأقامت المرأة بينة على رجل آخر منكر أنه تزوجها، فالبينة بينة الرجل، قال: لأن المرأة أكذبت بينتها التى شهدت لها على الزوج، حيث شهدت شهود الرجل عليها بالتزويج، وإذا شهدوا عليها بالتزويج، فقد شهدوا على كلامها.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: لو أقام رجل بينة على امرأة أنه تزوجها، وأقامت أختها بينة على هذا الرجل أنه تزوجها، فالبينة بينة الرجل، يريد به إذا لم يوقت البينتان وقتًا، وأشار إلى المعنى، فقال: لأنها تقيم البينة على نكاح لا يثبت ويفسد، ولو وقتت بينة المرأة وقتًا، ولم يوقت بينة الرجل، فدعوى الرجل جائزة، ويثبت نكاح المرأة التى ادعاها، ويبطل نكاح المدعية، ولها على المدعى نصف المهر.

١٦٨٧٢- وفى "نوادر هشام" قال: سألت محمدًا عن رجل وامرأة فى دار، ادعى الرجل أن الدار داره، وأن المرأة امرأته، وأقام على ذلك بينة، وادعت المرأة أن الدار دارها، وأن الرجل عبدها، وأقامت على ذلك بينة، قال: أقبل بينة المرأة على أن الدار دارها؛ لأنى أجعل الدار فى يدى الرجل، وأجعل البينة بينة الزوج فى التزويج، وأجعلها امرأته، وتزويجها نفسها منه إقرارًا منها، أنه ليس بمملوك لها.

١٦٨٧٣- وروى بشر عن أبى يوسف: فى رجل وامرأة فى أيديهما دار، أقامت المرأة البينة أن الدار لها، وأن الرجل عبدها، وأقام الرجل بينة أن الدار له، وأن المرأة زوجته تزوجها على ألف درهم، ودفعها إليها، ولم يقم بينة أنه حر، فإنه يقضى بالدار للمرأة، ويقضى بالرجل عبدًا لها.

ولو أقام الرجل بينة أنه حر الأصل، والمسألة بحالها، كانت المرأة امرأته، ويقضى

بأنه حرّ، ويقضى بالدار للمرأة من قبل أن الدار والمرأة كانت في يدى الزوج، حيث جعلها امرأته، فالمرأة هي المدعية للدار، فيقضى بالدار لها كزوجين في أيديهما دار أقام كل واحد منهما بينة أن الدار داره، وهناك يقضى بالدار للمرأة، كذا ههنا، قال: وهكذا قياس قول أبي حنيفة، ولو لم يكن لهما بينة كانت الدار للزوج. وقال محمد في "نوادر ابن سماعة": إذا لم يقم الرجل بينة أنه حرّ، فالدار للمرأة، وهي امرأته في هذه المسألة.

وفي "نوادر ابن شجاع": لو أقام الرجل البينة أن الدار داره، والمرأة أمته، وأقامت المرأة البينة أن الدار دارها، والرجل عبدها، فالدار بينهما نصفان، إذا لم يكن الدار في أيديهما، وإن كانت في يد أحدهما تركت في يده، وتعارضت البينتان منهما، ويحكم لكل واحد منهما بالحرية، ولا تقبل بينة أحدهما على صاحبه بالرق.

١٦٨٧٤- وروى بشر عن أبي يوسف: في رجل وامرأة اختلفا في متاع من متاع النساء، فأقامت المرأة بينة أن المتاع متاعها، وأن الرجل عبدها، وأقام الرجل بينة أن المتاع[1] له، وأن المرأة امرأته، تزوجها على ألف، ونقدها، فإن الرجل يقضى به عبداً للمرأة، ويقضى بالمتاع لها، فإن شهد شهود الرجل أنه حر الأصل، قضى بأنها امرأته، ويقضى بالمتاع له، هكذا ذكر، وعلى قياس المسألة الأولى: ينبغي أن يقضى بالمتاع لها.

ولو اختلفا في ذلك، وذلك المتاع في يد المرأة، ومثل ذلك في يد الرجل، فهذا الأمر غير الوجه الذى كنّا فيه، يقضى بالنكاح، وبعتق الرجل، ويقضى بما في يد كل واحد منهما للآخر متاع النساء كان أو متاع الرجل[2]، أو متاعهما جميعها إذا كان المتاع في يد أحدهما خاصة، دون الآخر، فالبينة بينة المدعى.

١٦٨٧٥- وفي "المنتقى": لو أن امرأة أقام عليها رجلان، لكل[3] واحد منهما بينة أنها أقرت أنها امرأته اختلعت منه بألف درهم، ولو يوقتا، فعليها أن تؤدى إلى كل واحد منهما ماله، وإن وقتا لزمها مال الوقت الأول، ويبطل عنها مال الوقت الآخر، إلا أن

---

(١) وفي الأصل: "إن المتاع متاعه".

(٢) وفي الأصل: "الرجال".

(٣) وفي "مظ": "كل.

يكون بينهما وقت تنقضي في مثلها العدة ويتزوج، فيلزمها المالان جميعًا، وإن لم يدخل بها أحدهما، لزم المالان جميعًا إن وقتا أو لم يوقتا.

١٦٨٧٦- وفي "المنتقى" أيضًا: رجل قال لامرأة: زوّجنيك أبوك، وأنت صغيرة، وقالت المرأة: زوّجنيك وأنا كبيرة، فالقول قول المرأة، والبينة بينة الزوج.

١٦٨٧٧- امرأة ادعت على رجل أنه تزوجها وهو ينكر ، ثم ادعى تزويجها بعد ذلك، وأقام البينة، قبلت بينته، ويثبت النكاح، قال: والنكاح في هذا لا يشبه البيع، ألا ترى أن رجلا لو ادعى أنه تزوج هذه المرأة على ألف درهم، وجحدت المرأة ذلك، ثم أقامت بينة على أنه تزوجها على ألفين، قبلت البينة، وجعلت المهر ألفين، وكذلك لو أقامت[1] بينة أنه تزوجها على هذا العبد، ولو كان هذا في البيع لا يقبل بينته؛ لأنه قد أكذبهم.

(١) هكذا في ظ وف وكان في الأصل وف: "أقام".

الفصل الحادى عشر
فى الرجلين يدعيان بالأيدى

١٦٨٧٨- إذا باع مستأجر الحانوت سلم الحانوت[1] من رجل، وقبضه المشترى، فجاء صاحب الحانوت، واستحق السلم[2] من يد مشتريه، فالمسألة على وجهين: إن كان السلم[3] متصلا ببناء الحانوت، وهو ليس من آلات صناعة المستأجر، فالقول قول صاحب الحانوت مع يمينه، وإذا اختلف، رجع المشترى على المستأجر بثمن السلم[4]، وإن كان من آلات صناعة المستأجر، فالقول قول المستأجر، ولا سبيل لصاحب الحانوت على السلم[5].

وفى "فتاوى أبى الليث": إذا أنكر المدعى عليه أن يكون المحدود المدعى به فى يده، فالقاضى يحلفه على اليد أولا، فإن حلف اندفع عنه الخصومة، وإن نكل يحلف على الملك[6]، وهذا مما لا يكاد يصح؛ لأن فائدة النكول الإقرار، واليد على العقار لا يثبت بصريح الإقرار، فكيف يثبت بالنكول الذى هو قائم مقام الإقرار.

رجل ادعى محدودًا فى يدى رجل أنه ملكه، وأن صاحب اليد أخذه منه بغير حق، فقال صاحب اليد: إن هذا المحدود كان فى يد هذا المدعى؛ لما أنه أخذه منى بغير حق، فأعدته إلى يدى، هل يؤمر المدعى عليه بالتسليم إلى المدعى، فقد قيل: لا يؤمر، وقد قيل: يؤمر بالتسليم إلى المدعى.

١٦٨٧٩- وإذا تنازع رجلان فى دار يدعى كل واحد منهما أنها فى يديه، فإن

---

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وف وم: "سكنى الحانوت".

(٢) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وف وم: "سكنى الحانوت".

(٣) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وف وم: "سكنى الحانوت".

(٤) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وف وم: "سكنى الحانوت".

(٥) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وف وم: "سكنى الحانوت".

(٦) هكذا فى الأصل وف وم، وكان فى ظ: "المالك".

عرف القاضى كون الدار فى يد أحدهما، جعله لصاحب اليد، وإن لم يعرف كونها فى يد أحدهما، وعرف أنها ليست فى يد ثالث، فكل واحد منهما مدع ومدعى عليه، فإن أقاما البينة على اليد، قضى باليد لهما، ويجعل الدار فى أيديهما، وهذا لأن دعوى اليد مقصود، كما أن دعوى الملك مقصود؛ لأن باليد يتوصل إلى الانتفاع بالملك والتصرف، فكما يصح دعوى الملك يصح دعوى اليد، وبعد إقامتهما البينة على اليد يقضى باليد لهما، لاستواءهما فى الدعوى والإثبات.

فإن قيل: أى فائدة فى إقامة هذه البينة وفى هذا القضاء؟. قلنا: فائدته أن القاضى إذا سمع البينة على اليد لهما، وقضى باليد لهما، لو[1] وجدها فى يد ثالث ينتزعها من يده عند طلبهما، وقبل ذلك لا ينتزعها من يد الثالث.

وإن قامت لأحدهما بينة قضى باليد له، وإن لم يكن لهما بينة، ولا لأحدهما يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه، كما لو ادعيا الملك فى هذه الدار، فيحلف كل واحد منهما البينة بالله ما هى فى يد صاحبه، فإن حلفا برئ كل واحد منهما عن دعوى صاحبه، ويوقف القاضى الدار إلى أن يظهر حقيقة الحال، ولا يجعلها فى يد واحد منهما؛ لأن القاضى لم يعرف اليد لأحدهما حتى يجعلها فى يده بعلمه، وقد برئ كل واحد منهما عن دعوى صاحبه بالحلف، فيوقفها، هكذا قاله بعض المشايخ فى شرحه، وذكر بعضهم فى شرحه: أنهما إذا اختلفا فالقاضى لا يجعلها فى يد واحد منهما، ولا ينزعه من أيديهما، وإن نكل أحدهما عن اليمين، وحلف الآخر، لم يجعلها القاضى فى يد الحالف؛ لأن القاضى لم يعرف كون الدار فى يد الناكل[2]، والنكول بذل أو إقرار، والبذل والإقرار من الإنسان إنما يصح فيما فى يده؛ لأن بذله وإقراره حجة عليه، وليس بحجة على غيره، ولكن يمنع الناكل من أن يتعرض الدار؛ لأن نكوله حجة فى حقه، وإن وجد القاضى الدار فى يد الثالث، لا ينزعهما من يد الثالث بما أنفذه بين هذين؛ لأن النكول بذل أو إقرار دلالة، ولو وجد الإقرار صريحًا، أو وجد البذل صريحًا بين هذين، فالقاضى لا ينزع الدار من يد الثالث؛ لأن بذلهما وإقرارهما يعمل

---

(١) هكذا فى ظ وم، وكان فى الأصل وف: "أو".

(٢) وفى الأصل: "فى يد الحالف الناكل".

فيما بينهما، ولا يعمل فى حق غيرهما، كذا ههنا.

ثم إذا تعلق رجلان بعين، ولم يقم البينة لأحدهما حتى جعلناه فى أيديهما، لو أقام أحدهما بينة أن العين ملكه، قضى له بالنصف الذى فى يد صاحبه، وترك النصف الذى فى يده على حاله، هكذا ذكر فى بعض المواضع، وذكر فى بعض المواضع إذا أقام البينة على اليد، ثم أقام أحدهما البينة أن العين له، قضى بكله له، فهذا تنصيص أنه يقضى بالملك له فى كل العين، وإنه مشكل؛ لأن العين فى أيديهما، فبينته على ما فى يده بينة صاحب اليد، وبينة صاحب اليد على الملك المطلق لا تقبل.

الجواب: أنه لما أقام البينة على الملك بعد ما أقام البينة على اليد، فقد أعرض عن تلك البينة، فبطلت بينته على اليد، وصارت مسألتنا: رجلان تنازعا فى عين، وأقام أحدهما البينة على اليد، والآخر على الملك، يقضى لصاحب الملك، كذا هنا.

١٦٨٨٠- وفى كتاب الأقضية: إذا تنازع اثنان فى دار، وكل واحد يدعى أنها فى يده، وأقاما البينة على ذلك، ثم إن أحدهما قال: أنا أقيم البينة على ما هو أجود من هذا، وقال الآخر: أنا أقيم البينة على أن أبى مات وترك هذا العين ميراثًا، ولا وارث له غيرى، وأقام بينة على ذلك، تقبل، فيكون قضاء على الذى خاصمه. وقوله فى الكتاب: أنا أقيم البينة على أجود من هذا إعراض عن بينته الذى أقام قبل ذلك، حتى يصير خارجًا، فتقبل بينته على الملك.

١٦٨٨١- وفى "المنتقى": رجل ادعى[1] قبل رجل دارًا، وأقام البينة، فقال المدعى عليه: إنها ليست فى يدى، فأقام المدعى بينة، فشهدوا أن الدار فى يد المدعى عليه، وفى ملكه، يسأل المدعى، فإن قال الأمر كما شهدوا أنها فى يده وفى ملكه، فقد أقر بالدار للمدعى عليه، فيقضى بالدار له، وإن قال: أصدقهم أنها فى يده، ولا أصدقهم أنها فى ملكه، فله ذلك، ويجعل المدعى عليه خصمًا له.

١٦٨٨٢- وإذا اختصم رجلان فى دار يدعى أحدهما أنها ملكه وفى يده، والآخر يدعى أنها فى يديه، وأنه أحق بها من غيره؛ لما أنها كانت فى يده إجارة من جهة فلان، وقد دفعت مال الإجارة إليه، وقد مات فلان الآجر، ولى حق حبس الدار إلى أن

---

(١) وفى الأصل: "ادعى على قبل رجل".

يستوفى مال الإجارة، فالدار يجعل فى يده، كان الشيخ الإمام ظهير الدين المرغينانى رحمه الله يفتى بأن الدار تجعل فى أيديهما، وبعض مشايخ زمانه كان يفتى بأن الدار تجعل فى يد مدعى الإجارة.

١٦٨٨٣- وإذا وقع الدعوى على رجل فى عقار فى يديه، وأقام المدعى بينة عى دعواه، لا بد وأن يذكر الشهود فى شهادتهم أنها فى يد المدعى عليه، والإقرار لا يكفى حجة لإثبات يده، حتى إن المدعى والمدعى عليه إذا تصادقا أن الدار المدعى به فى يد المدعى عليه، فالقاضى لايقضى بملكية الدار للمدعى بشهادة شهوده على كون الدار ملكًا له، وإنما يقضى إذا شهدوا على يد المدعى عليه بأن شهدوا أنها فى يده اليوم، هكذا ذكر الخصاف فى "أدب القاضى"، والمنقول فى هذا يخالف العقار، فإن المدعى عليه إذا أقر أن المنقول المدعى به فى يده، فذلك يكفى، ولا يحتاج إلى أن يذكر الشهود أن المدعى به فى يد المدعى عليه اليوم؛ لأن فى العقار تهمة المواضعة، فإن المدعى ربما يواضع رجلا، ويحضره فى مجلس القضاء، ويدعى عليه العقار، ويقر المدعى عليه أن العقار فى يده، ولا يكون فى يده، فيقضى القاضى بملكية العقار للمدعى بشهادة شهوده[1] على كون الدار ملكًا له، ويكون قضاء على الغائب فى الحقيقة؛ لأن العقار على الحقيقة كانت فى يد الغائب، فلهذه التهمة لم نكتفِ بإقرار المدعى عليه أن العقار فى يده، وشرطنا شهادة الشهود على كون العقار فى يده.

فأما فى المنقول لا يتأتى هذه التهمة فيه؛ لأن المنقول إن كان مستهلكًا، فإقرار المدعى عليه بالاستهلاك أو بالهلاك كان الدعوى واقعًا فى الدين، وقد أقر المدعى عليه بذلك، وإقرار الإنسان على نفسه بالضمان صحيح، فلا حاجة إلى الشهادة أنها فى يده، وإن كان قائمًا لا بد من الإحضار لتصحيح الدعوى والشهادة، وعند الإحضار يعرف القاضى معاينة أنه فى يد المدعى عليه، فلا حاجة إلى الشهادة على ذلك، فهذا هو الفرق، وقد ذكر فى كتاب الأقضية عقيب المسألة التى مرّ ذكرها قبل هذا بمسألتين، ويجوز القضاء بالملك، وإن لم يشهد الشهود على يد المدعى عليه، جوّز الشهادة من غير أن يشهد الشهود على يد المدعى عليه مع أنه وضع المسألة فى الدار.

---

(١) وفى الأصل: "بشهادة شهوده على كون الدار ملكًا له، وإنما يقضى إذا شهدوا، ويكون قضاء على الغائب".

فقال : ما ذكرنا الخصاف قوله ، وبه أخذ بعض المشايخ ، وما ذكر فى الأقضية قول محمد ، وبه أخذ بعض المشايخ ، وقيل فى المسألة روايتان ، والفتوى على أنه لا بد أن يشهد الشهود على يد المدعى عليه فى العقار ، ثم على ما ذكره الخصاف إذا شهدوا أنها فى يد المدعى عليه يسألهم القاضى عن سماع يشهدون أنها فى يده أو عن معاينة .

حكى عن القاضى الإمام الخليل بن أحمد : أن القاضى يسألهم عن ذلك ، وهو الصحيح ، إنهم ربما سمعوا إقراره أنها فى يده ، فظنوا أن ذلك يطلق لهم أداء الشهادة على يده عليها ، وإنه موضع اشتباه ، فقد اشتبه على كثير من الفقهاء اشتراط إقامة البينة لإثبات يده عليه ، فما لم يعاينوا يد المدعى عليه لا يحل لهم أداء الشهادة على أنها فى يده ، فلهذا وجب السؤال .

قال القاضى الإمام : هذا وهكذا إذا شهدوا على البيع والتسليم ، فالقاضى يسأل أتشهدون على التسليم بإقرار البائع ، أو عن معاينة البيع ؛ لأن الحكم فيها يختلف ، فإنهم إذا شهدوا عن معاينة البيع والتسليم ، كانت شهادة بملك البائع يوم البيع ، فوجب السؤال إزالة لهذه الشبهة ، ولو أن الشهود لم يشهدوا أن هذه الدار فى يد المدعى عليه ، فقال المدعى : أنا آتى بشاهدين آخرين يشهدان أن هذه الدار فى يد المدعى عليه ، فإن القاضى يقبل ذلك منه ؛ لأن الحاجة إلى معرفة ملك المدعى فى الدار ؛ ليمكن القضاء به للمدعى ، وإلى معرفة يد المدعى عليه ؛ لينتصب خصمًا للمدعى لإثبات دعواه ، فلا فرق بين أن يثبت كلا الأمرين بشهادة فريقين أو بشهادة فريق واحد ، هذا كما فى شاهدين شهدا بملك المحدود ، وشهد أخران بحدود المحدود ، فالقاضى يقبل شهادة الفريقين جميعًا ، ولم يقع الفرق بينما إذا ثبت ملك المحدود والحدود بشهادة فريق واحد وبشهادة فريقين ، كذا ههنا .

١٦٨٨٤ - قال محمد رحمه الله فى دعوى "الأصل" : وإذا اختصم الرجلان فى عبد وكل واحد منهما يقول : هو عبدى وهو فى أيديهما ، فإن كان العبد صغيرًا لا يعبّر عن نفسه ، فالقاضى لايقضى لواحد منهما بالملك ما لم يقم البينة ، ولكن يجعله فى أيديهما ، وهذا لأن الصغير الذى لا يعبر عن نفسه ، والبهيمة سواء ، ولو كان فى أيديهما بهيمة ، وكل واحد منهما يدعى أنها له ، فالقاضى لا يقضى لواحد منهما بالملك ؛ لأنه لم

يعرف الملك فيها لواحد منهما ، وما لم يعرف القاضى لا يقضى به إلا ببينة ، ولكن يجعله فى أيديهما ؛ لأنه عرف يدهما عليه ، كذا ههنا .

وإن كان الغلام كبيرًا يتكلم ، أو صغيرًا يعبّر عن نفسه ، فقال : أنا حر ، فالقول قوله ، ولا يقضى القاضى لهما بشىء لا بالملك ولا باليد ما لم لم يقيما البينة على ذلك .

ولو قال : أنا عبد أحدهما لم يصدق ، وهو عبدهما ؛ لأنه لما أقر بالرق فقد ثبت يدهما عليه حقيقة وحكمًا ؛ لأن يد الحر تثبت على الرقيق ، فهو بقوله : أنا عبد أحدهما يريد إبطال اليد الثابتة عليه لأحدهما حقيقة وحكمًا ، فلا يقدر عليه بخلاف ما إذا قال : أنا حر الأصل ؛ لأنه أنكر ثبوت اليد على نفسه ، فاليد لا تثبت للحر على الحر ، فكان القول قوله ، أما ههنا بخلافه .

وكذلك إذا كان العبد فى يدى رجل ، فأقر أنه لآخر ، لم يصدق ، والقول قول صاحب اليد ، ثم شرط فى الكتاب أن يكون الغلام كبيرًا يتكلم ، وربما يقول فى بعض النسخ : إذا كان يُعبّر عن نفسه ، وإنما الشرط أن يتكلم ويعقل ما يقول ، فإذا كان بهذه الصفة ، يرجع إلى قوله .

وإذا كان العبد فى يد رجل وهو لا يعبّر عن نفسه ، قال صاحب اليد أنه عبدى ، فالقول قوله ، ويقضى له بالملك ، فإن كبر الغلام ، وقال : أنا حر الأصل ، لا يصدق إلا بحجة ؛ لأنه يريدإبطال ملك جرى القضاء به . وكذلك إذا قال : أنا لقيط ، فهذا كقوله : أنا حر ، فإن أقام ذواليد بينة أنه عبده ، وأقام العبد بينة أنه حر الأصل ، فبينة العبد أولى .

١٦٨٨٥- ذكر فى "السير" : رجل من أهل الحرب ، دخل دار الإسلام بأمان ، وخرج معه مسلم ، وفى أيديهما بغل عليه مال كثير ، كل واحد منهما يقول : هو ملكى وفى يدى ، وقامت بينة من المسلمين أن البغل وما عليه للمسلم أو للمستأمن ، فإنه يقضى به للذى شهد الشهود له ، كما لو وقعت مثل هذه المنازعة بين المسلمين أو بين الذميين . قال شمس الأئمة السرخسى رحمه الله : وبهذه المسألة ظهر خطأ بعض مشايخنا فيما إذا قال كل واحد من المتداعيين : مالى وملكى ، وفى يدى ، أن القاضى لا يلتفت إلى هذه الخصومة ، ويقول : إذا كان ملكك ، وفى يدك ماذا تطلب منى ، فقد نص ههنا على سماع الدعوى حتى قال : بقبول البينة . والوجه فى ذلك أنه يحتاج إلى

دفع منازعة الآخر، والبينة لهذا المقصودمقبولة، وإذا قال له القاضى : ماذا تطلب منى؟ يقول للقاضى : أطلب منك أن تمنع هذا من منازعتى، وتقرر هذا الشىء فى يدى.

١٦٨٨٦- وفى "نوادر ابن سماعة" عن محمد : فى أجمة أو غيضة تنازع فيها فريقان، كل فريق يدعى أنها له، وفى يديه، فشهد الشهود لأحد الفريقين أنها فى يده، أو شهدوا لهما أنهما فى أيديهما، فإن لم يسألهم القاضى عن تفسير ذلك، ولم يزيدوه، فهو مستقيم، وإن سألهم عن تفسير ذلك، فهو أوثق و أحسن، وهذا لأن اليد على الأجمة والغيضة، إنما يثبت بالدليل، وعسى يرى الشاهد شيئًا يظنه دليلا على اليد، ولا يكون كما ظن، فإن سأله ليزول الاشتباه، فهو حسن، وإن لم يسأل، واكتفى بما قالوا، فله ذلك؛ لأن السؤال عسى يفضى إلى بطلان الشهادة مع كون الشهادة حقًا، وهو نظير ما لو شهد الشهود بالملك المطلق، أو شهدوا بالدين المطلق، وقضى القاضى بشهادتهم من غير أن يسألهم عن بيان السبب جاز، كذا ههنا، ثم نبين ما يعرف به اليد[1] على الغيضة والأجمة، فقال فى الغيضة : إذا كان يقطع الأشجار منها ويبيعها، أو ينتفع بها منفعة تقرب من هذا، أو أشباهه، يستدل به على أنها فى يده، وقال فى الأجمة : إذا كان يقطع القصب، ويأخذها للصرف إلى حاجة نفسه أو للبيع، أو ما أشبهه، يستدل به على اليد الذى هو دليل الملك، وهذا لأن اليد الذى هو دليل الملك هو القدرة على التصرفات التى تختص بالملك، ومعناه الانتفاع المطلوب من العين، وهذا لأن الملك لا يراد لعينه، وإنما يراد للانتفاع بالعين، فإذا شاهدنا قدرته على الانتفاع المطلوب من اليد من غير منازع، علمنا أن اليد التى هى دليل الملك ثابت فى حقه، قلنا : والانتفاع المطلوب من الأجمة والغيضة والحطب والحشيش والقصب لا الزراعة والسكنى، فإذا شاهدناه يقطع الشجر والقصب وينتفع بها بيعًا وغير ذلك من غير منازع، فقد علمنا باليد التى هى دليل الملك ، فيقضى له بالملك.

١٦٨٨٧- وفى كتاب الأقضية : وإذا تنازع الرجلان فى دار، وكل واحد منهما يدعى أنها فى يديه، فأقام أحدهم بينة أنهم رأوا دوابه فى هذه الدار، ورأوا غلمانه يدخلونها ويخرجون منها، فالقاضى لا يقضى باليد للذى شهد له الشهود بما وصفنا له

(١) هكذا فى ظ وم وفى ف : "الدليل" وفى الأصل : "السبب".

حتى يقولوا : كانوا سكانًا فيها ، فإذا قالوا : ذلك قضيت بأنها فى يد صاحب الغلمان والدواب ، وهذا لما ذكرنا أن العبرة للمقدرة على المطلوب من العين ، والدار لا يتخذ لدخول الغلمان وخروجهم ولربط الدواب فيها ، وإنما يتخذ للسكنى فيها ، فما لم يشهدوا على ذلك لم يشهدوا باليد عليها يدًا هى دليل الملك .

١٦٨٨٨- قال فى القدورى : وإذا تنازع رجلان فى دابة ، وأحدهما راكب فى السرج ، والآخر رديفه ، قضى بالدابة للراكب فى السرج ، ولو كانا راكبين فى السرج ، قضى بالدابة بينهما . ولو كان أحدهما يقود الدابة ، والآخر يسوقها ، قضى بالدابة للقائد ؛ لأن للقائد يدًا ، فإنه يمسك بلجام الدابة ، والسائق لا يد له إذا لم يكن راكبًا .

فإن قيل : إن لم يكن للسائق يد على الدابة ، فهو مستعمل لها بالسوق ، وكما أن اليد دليل الملك فالاستعمال دليل الملك أيضًا .

قلنا : الاستعمال إنما يكون دليلا على الملك إذا كان استعمالا يختص به المالك فى الغالب ، ومعناه أن لا يوجد ذلك غالبًا إلا من المالك ، أما إذا كان يوجد من المالك وغيره ، فهذا لا يدل على الملك ، وسوق الدابة كما يكون من المالك يكون من غير المالك ، فلا يكون دليلا على الملك . ذكر هذه المسألة فى السير فى أبواب الإيمان ، ولم يذكر ثمة ما إذا كان أحدهما ممسكًا بلجامها[1] ، والآخر متعلقًا بذنبها ، قال مشايخنا : ينبغى أن يقضى للذى هو ممسك بلجامها ؛ لأنه لا يتعلق باللجام غالبًا إلا المالك ، وكما يتعلق بالذنب المالك يتعلق به غير المالك ، فكان الإمساك باللجام أدل على الملك .

١٦٨٨٩- قال فى "الجامع" : بساط عليه رجل جالس ، ورجل آخر متعلق به ، وكل واحد منهما يدعى أن البساط له ، فإنه يقضى بالبساط بينهما نصفان ، فرق بين هذا وبين دار فيها رجلان قاعدان ، وكل واحد منهما يدعيها لنفسه ، فإنه لا يقضى بينهما ، وذكر مسألة البساط فى القدورى ، وقال : يترك البساط فى أيديهما بينهما نصفان ، يريد به لا على طريق القضاء ؛ لأن القعود على البساط ليس بيد على البساط كالتعلق به ، فاستويا فيه .

ثم الفرق بين البساط والدار على ما ذكر فى "الجامع" : أن فى البساط ما قضينا

---

(١) وفى "مظ" : بلجام الدابة .

بينهما نصفان ؛ لأن الجلوس والتعلق دليل اليد ، بل لأنه كما علم أن البساط ليس فى أيديهما ، علم أنه ليس فى يد الثالث ؛ لأن اليد على البساط لا يثبت إلا بأحد الطريقين ، إما بإثبات اليد عليه حسّا بالنقل والتحويل ، أو بفعل يقصد به النقل والتحويل ، وإما بكونه فى يده حكمًا ، بأن كان فى بيته ، ولم يوجد شىء من ذلك فى البساط ، فإنا نراه موضوعًا على قارعة الطريق ، وإذا علم أنه ليس فى يد غيرهما ، ولا فى أيديهما ، وهما يدعيان ، يقضى بينهما لاستواءهما فى الدعوى ، وفى الدار إن علم أنه ليس فى أيديهما ؛ لأن[1] الجلوس فيها لا يدل على اليد لم يعلم أنه ليس فى يد غيرهما ، ولأن اليد على الدار إنما تكون بالسكنى فيها ، وبالاحتفاظ[2] ، والقاضى إن علم أنه ليس أحد فى الدار ساكنًا ، لا يعلم زوال ثبوت يد الاحتفاظ[3] ؛ لأن الدار يعد فى مكانه الذى يثبت فيها يد المحيط عليها لم يتحول عن ذلك المكان إلى مكان آخر ، فيكون يد المختط[4] له ثابتة على الدار حكمًا ، إلا أنه جهل صاحب اليد ، والقاضى إنما يقضى بما وقع فيه الدعوى بين المدعيين بحكم الدعوى إذا علم أن المدعى عليه ليس فى يد غيرهما ، ولم يثبت هذا العلم فى العقار ، ويثبت فى المنقول .

وفى "شرح الجامع" : جعل دليل اليد فى النقليات فعلا لا يتصور ثبوته بدون النقل ، كاللبس والحمل ، أو فعلا يحصل عادة للنقل ، كالركوب فى الدواب ، وفى غير النقليات جعل دليل اليد فعلا يوجد من الملاك فى الغالب ، كالسكنى فى الدار وغير ذلك ، وما ليس بدليل اليد فى النقليات فعل يتأتى بدون النقل ، ولا يحصل فى الغالب النقل كالجلوس على البساط ، وما ليس بدليل اليد فى غير النقليات فعل يوجد من غير الملاك ، كالجلوس والنوم فى الدار ، وأشباه ذلك ، وقد ذكرنا هذه الجملة مع مسائلها فى كتاب الشهادات .

١٦٨٩٠- سئل الشيخ القاضى الإمام شمس الإسلام محمود الأوزجندى : عن

(١) وفى الأصل : "لما أنّ" .

(٢) هكذا فى ظ ف م ، وكان فى الأصل : "وبالاختياط" .

(٣) هكذا فى ظ ف م ، وكان فى الأصل : "بالاختياط" .

(٤) وفى ف : "المخيط" .

ضياع فى يدى رجل أثبت رجل آخر يده عليها بطريق التغلب، فأقام الذى كان الضياع فى يده بينة على المتغلب، أن الضياع ملكه، وإنه أخذ من يده بطريق التغلب، قال: قبلت بينته، وقضى بالضياع له، وانتزع من يد المتغلب، وسلّم إليه، ولو لم يكن له بينة، وأراد تحليف المتغلب: بالله ما كان هذا الضياع فى يد هذا المدعى، وما أخذت منه بطريق التغلب، قال له: ذلك.

وكذلك لو ادعى على المتغلب إقراره أنه كان فى يده، وأراد أن يحلفه على ذلك، قال له: ذلك، وظن بعض مشايخنا أن فى التحليف فى هذه الصورة نوع نظر؛ لأن التحليف لرجاء النكول الذى هو الإقرار، واليد على العقار لا يثبت بمجرد الإقرار، فلا يكون فى التحليف فائدة، وليس الأمر كما ظنوا؛ لأن تحليف المتغلب ههنا ليس لأجل إثبات كون الضياع فى يده؛ لأن ذلك ثابت باتفاق المدعى والمتغلب، وإنما التحليف لأجل إثبات التغلب والأخذ من جهته، وأخذ العقار، والتغلب عليه مما يثبت بالإقرار، ألا ترى أنه يصح الإقرار بغصب[1] العقار، والغصب ليس إلا الأخذ بطريق التغلب.

١٦٨٩١- وسئل هو أيضًا: عن رجل ادعى على آخر أن هذا المحدود الذى فى يد هذا كان فى يدى منذ عشر سنين، وأن هذا الرجل أحدث يده عليها، وأقام على ذلك بينة، قال: يأمر القاضى المدعى عليه بالتسليم إليه، لكن لا يصير المدعى عليه مقضيًا عليه حتى لو أتى بالحجة، قبلت بينته.

ولو أن المدعى عليه أقام بينة أن هذا المحدود كان فى يده منذ عشرين سنة، وأن هذا المدعى أحدث يده عليها، هل تقبل بينته؟ فقد قيل: ينبغى أن لا تقبل، وقد قيل: ينبغى أن تقبل، ويترك العين فى يد المدعى عليه، ويكون هذا من باب العمل بالبينتين، وذكر فى المأذون أجير الخياط مع الخياط إذا ادعيا متاعًا فى يدى الأجير، فإن كان المتاع والأجير فى دار الخياط أو حانوته، فالقول قول الخياط، وإن كانا فى دار الأجير، أو فى السكة، فالقول قول الأجير.

١٦٨٩٢- وفى القدورى: لو أن خياطًا يخيط ثوبًا فى دار رجل، وتنازعا فى الثوب، فالقول قول صاحب الدار. وفيه أيضًا: لو خرج من دار رجل، وعلى عاتقه

---

(١) وفى الأصل: "أنه يصح الإقرار بغصب العقار، والعقار والغصب ليس. . . إلخ".

متاع، فإن كان هذا الرجل الذى على عاتقه هذا المتاع يعرف ببيعه وحمله، فهو له، وإن لم يعرف بذلك، فهو لرب الدار، وهكذا روى إبراهيم عن محمد.

١٦٨٩٣- وفى القدورى أيضًا: فى حمّال عليه كارة فى دار بزاز، اختلفا فى الكارة، فإن كان من حمال البز والكارة مما يحمل، فالقول قول البزاز، وإلا فالقول قول الحمال.

١٦٨٩٤- وفى "نوادر ابن سماعة" عن أبى يوسف: رجل دخل فى دار رجل، فوجد معه مال، فقال رب الدار: هذا مالى أخذته من منزلى، قال أبوحنيفة رحمه الله: القول قول رب الدار، ولا يصدق الداخل فى شىء ما خلا ثيابه التى عليه إن كانت الثياب مما تلبس، وقال أبو يوسف رحمه الله: إن كان الداخل يعرف بصناعة شىء من الأشياء، بأن كان حمّالا يحمل الزيت، فدخل وعلى رقبته زق[1] زيت، أو كان ممن يبيع الجبن، ويطوف بالمتاع فى الأسواق، فالقول قوله، ولا أصدق رب الدار عليه.

١٦٨٩٥- رجل آجر عبده من قصّار أو خيّاط، ثم لقى مولى العبد عبده فى الطريق، ومعه متاع، فزعم أنه له، وقال المستأجر: هو لى، قال أبو يوسف رحمه الله: إن كان ذلك المتاع من صناعة المتأجر، فالقول قول المستأجر، وإن لم يكن من صناعة المستأجر، فالقول قول رب العبد، فإن كانا فى منزل المستأجر، فالقول قول المستأجر فى الوجهين جميعًا.

١٦٨٩٦- وفى "نوادر المعلى" عن أبى يوسف: رجل اصطاد طائرًا فى دار رجل، فإن اتفقا على أنه على أصل الإباحة، فهو للصائد، وإن قال رب الدار: كنت اصطدته قبلك، أو ورثته، وأنكر الصائد، فإن كان أخذه من الهواء، فالقول قول الصائد، وإن كان أخذه من شجر فى الدار وغير ذلك، فالقول قول رب الدار.

قال أبو الفضل رحمه الله: هذا خلاف جواب الأصل.

١٦٨٩٧- وعنه أيضًا: رجل يقود قطاراً من الإبل، وعلى بعير منها رجل راكب، فادعى القائد والراكب كل واحد منهما البعير كله، قال: إن كانت على البعير حمولة للراكب، فالإبل كلها للراكب، والقائد أجير، وإن كانت البعير عرى عن الحمولة،

---

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وف وم: "زق زيت".

فللراكب البعير الذى هو عليه، والباقى للقائد.

١٦٨٩٨ - وفى "المنتقى" : قطار بعير على أول بعير منها راكب، وعلى بعير فى وسطها راكب، وعلى بعير فى آخرها راكب، والراكب الثانى سائق، هكذا ذكر فى بعض النسخ، ولم يذكر فى بعض النسخ : أن الراكب الثانى سائق، وادعى كل واحد من الراكبين أن الإبل كله له، وأقام البينة على ما ادّعوا، ذكر أن البعير الذى عليه الأول بين الأوسط والآخر نصفان، والبعير الذى عليه الأوسط الأول والآخر نصفان، والبعير الذى عليه الآخر بين الأول والأوسط نصفان، والإبل الذى بين البعير الأول إلى الأوسط، فهو بين الأوسط، والآخر نصفان، والإبل الذى بين الآخر إلى الأوسط للآخر نصفها، والنصف الآخر بين الأول والأوسط نصفان.

وذكر هذه المسألة فى موضع آخر بعينها، ولم يقع فى شىء من النُسخ ثمة أن الراكب الثانى سائق، كما وقع فى بعض النسخ ههنا، وأجاب ثمة أن كل بعير عليه راكب، فهو لراكبه خاصة، وما بين البعير الأول إلى البعير الأوسط الذى عليه الراكب، فهو كله للأول؛ لأن الأول قائدها والأوسط سائق، فلا شىء له منها، وما بين البعير الأوسط إلى الآخر، فهو بين الأول والأوسط نصفان؛ لأن الأوسط قائد لها كالأول.

وما ذكر فى موضع آخر من الجواب جواب ما إذا لم يقم لواحد منهم بينة، فإن أقام كل واحد بينة أن البعير كلها له، فالبعير الذى عليه الأول بين الأوسط والآخر نصفان؛ لأنهما فيه خارجان، وراكبه ذو اليد، فترجحت بينهما على بينته، والبعير الذى عليه الأوسط بين الأول والآخر نصفان، والبعير الذى عليه الآخر بين الأول والأوسط لما ذكرنا فى البعير الأولى، والبعير الذى بين الأول والأوسط، فهو بين الأوسط والآخر نصفان؛ لأن الأول فيها ذو اليد، وهما خارجان، والذى بين الأوسط والآخر، فللآخر نصفها، والنصف الآخر بين الأول والأوسط نصفان؛ لأن للآخر فيها خارج، والأول فى نصفها ذو اليد، وفى نصفها خارج، والأوسط كذلك؛ لأنها فى أيديهما، فكان فى يد كل واحد منهما نصفها، وكانا مع الآخر كخارجين، فيكون النصف لهما، والنصف للآخر، ثم النصف الذى كان للأوسط والأول، فكل واحد منهما خارج فيما فى يد صاحبه، فكانت بينته فى ذلك أولى.

١٦٨٩٩- وقال أبو يوسف رحمه الله : فى رجل يقود غنمًا أو بقرًا، ورجل آخرها يسوقهما، فادعى القائد والسائق ذلك كله، قال : إن كان القائد والسائق أمرهما مشكلا لا يعرفان، فذلك كله للسائق، وليس للقائد منها شيء إلا أن يكون يقودها بشاة معه، فيكون له الشاة وحدها، وقال فى سفينته : ادعاها رجل هو راكبها، ورجل هو ممسك بسكانها، ورجل يحذف فيها، ورجل يهدّها، فالسفينة بين راكبها ومن يمسك بسكانها، والذى يحذف فيها، ولا شيء للذى يهدها.

١٦٩٠٠- وعن محمد : فى عبد لرجل موسر فى بيت رجل معسر، ليس فى بيته إلا باورى ملقى، وفى عنق العبد بدرة فيها عشرة آلاف درهم، فادعى كل واحد منهما البدرة، فالبدرة للذى عرف باليسارة، وفى المزارعة الصغيرة إذا دفع إلى خيّاط ثوبًا ليخيطه، ثم اختلفا بعد ما صار الثوب مخيطًا، فقال رب الثوب : أنا خطته، وقال الخيّاط، أنا خطته، فإن كان الثوب فى يد الخيّاط، فالقول قول الخيّاط، وله الأجر، وإن كان الثوب فى يد رب الثوب، فالقول قول صاحب الثوب، وإن كان الثوب فى أيديهما، فالقول قول الخياط، وعلى صاحب الثوب الأجر.

١٦٩٠١- وفى "فتاوى أبى الليث" : رجل دفع إلى قصّار أربع ثياب ليقصرها، فقصرها، وقال لرب الثوث : ابعث إلىّ من يقبض الثياب، فدفع القصار الثياب إلى من بعث، فجاء بها إلى رب الثوب، فإذا هى ثلاثة، فقال القصّار : دفعت إليه أربعة، وقال الرسول : دفع إلىّ ولم يعدّه، يقال لرب الثوب : صدّق أيهما شئت، فأيهما صدّقه، برىء عن الخصومة، وأيهما كذّبه حلفه، فإن حلف برىء عن الخصومة، وإن نكل لزمه ما ادعاه، فإن صدّق القصّار، لزمه أجر الثوب الرابع للقصار، وإن كذّب القصار وحلف، فللقصّار على صاحب الثوب اليمين على الآجر، فإن حلف، برىء عن أجر الثوب الرابع، كذا قاله أبو بكر رحمه الله.

١٦٩٠٢- ادعى دارًا فى يد إنسان أنها ملكه، وأن أباه باعها منه فى حال بلوغه بغير رضاه، وقال صاحب اليد : إن أباك باعها منى فى حالة الصغر، فالقول قول الابن؛ لأنه ينكر زوال ملكه، وإن أقام صاحب اليد بينة أنه باعها فى حال صغرك بثمن المثل، قبلت بينته، واندفع عنه خصومة الابن، وإن أقام صاحب اليد بينة، أنه باعها فى حال

صغرك بثمن المثل، وأقام الابن بينة، أنه باعها بعد بلوغى بغير رضاءى، يجب أن تكون البينة بينة صاحب اليد؛ لأنها هى المثبتة.

١٦٩٠٣- بشر عن أبى يوسف قال: قال أبو حنيفة رحمه الله: امرأة أقرت بعد وفاة زوجها أنه كان طلقها ثلاثًا فى مرض موته، وأنه لم تنقض عدتها حتى مات، وقالت الورثة: طلقك فى حالة الصحة، فالقول قول المرأة، والمسألة مرّت فى كتاب الطلاق، وإنما أوردنا ههنا لزيادة تفريع لم تذكرها ثمة، فقال: لو أقاموا بينة، ووقتوا وقتًا واحدًا، وشهدت بينة الورثة أنه كان صحيحًا يومئذٍ أخذت بينة الورثة.

١٦٩٠٤- وفى "نوادر هشام" قال: سألت محمدًا عن رجل فى يديه ثوب، قال له رجل: بعتك هذا الثوب بخمسين درهمًا، وقال صاحب اليد: وهبته لى، فالقول قوله، ولا يلزمه الخمسون.

١٦٩٠٥- وفى "نوادر بشر" عن أبى يوسف رحمه الله: رجل اشترى من رجل عبدًا، وقبضه، ونقده الثمن، ثم أقر بعد ذلك بالعبد للبائع، فقال: هذا العبد لفلان، فأراد البائع أن يقبضه، وقال: العبد عبدى، فقال المقر: إنما بعتك العبد بألف درهم، فالقول قوله، قال من قبل: إن العبد وصل إلى المقر من قبل المقر له، فيكون القول فيه قول المقر، قال: ولا يشبه هذا إقرار الرجل بعبد فى يديه لرجل لم يصل ذلك العبد إلى المقر من قبل المقر له، قال: وكذلك رجل أقر بعبد لرجل أمس، وأقر المقر له بالعبد اليوم للمقر الأول، فقال المقر له الثانى: العبد عبدى، وقال المقر الثانى: إنما أقررت بذلك لأبى بعته منك اليوم، وإنما وصل إلى من قبلك، فالقول قوله، ولا يأخذه منه إلا بالثمن.

١٦٩٠٦- وإذا ادعى على آخر عرصة كذا بالميراث، وقضى القاضى للمدعى بالعرصة ببينة أقامها، ثم اختلف المقضى له بالعرصة، والمقضى عليه بالعرصة فى الأشجار والسكنى، ولا بينة لواحد منهما، فقيل: القول قول المقضى عليه؛ لأنه صاحب يد فى الأشجار والسكنى حقيقة، وقيل: القول قول المقضى له بالعرصة؛ لأنهما اختلفا فيما هو متصل بملك المقضى له، وهو الأرض، فيكون صاحب اليد فيما اختلفا هو المقضى له بالعرصة.

١٦٩٠٧- أقر الرجل لوارثه بشيء، ومات المقر، ثم اختلف المقر له وباقى الورثة، فقال المقر له: أقر فى حالة الصحة، وقال باقى الورثة: فى حالة المرض، فالقول قول باقى الورثة؛ لأن الاستحقاق يقع عليهم، وإن أقاما البينة، فالبينة بينة المقر له، فإن لم يكن للمقر له بينة، وأراد استحلاف باقى الورثة، فله ذلك، أشار إلى هذه الفصول فى أول وصايا "الجامع الصغير" فى باب اعتبار حال الوصية، فقال: مريض أوصى لرجل بوصية، ومات واتفق الوارث والموصى له أنه قد كان أعتق هذا العبد، فقال الوارث: أعتقه فى المرض، وقال الموصى له: أعتقه فى الصحة، فالقول قول الورثة إلى تمام المسألة.

١٦٩٠٨- رجل مات، وترك بنتًا وأخًا ومتاعًا، فقالت البنت: المتاع كلها لى، وقد كان اشتراها لى من مالى بأمرى، والأخ يقول: الأمتعة كلها للميت، فالقول قول الأخ؛ لأن البنت تدعى وكالة الأب فى الشراء، والأخ ينكر، ألا ترى أنه لو كان الأب حيًا، ووقع الاختلاف بينه وبين البنت فى الأمتعة، فقالت البنت: كنت وكيلتى فى شراء هذه الأمتعة، والأب ينكر ذلك، كان القول قوله، والمعنى فى ذلك أن الأصل تصرف الإنسان لنفسه، فالأب بإنكار الوكالة متمسك بما هو الأصل، وكان القول قوله، فكذا ههنا.

١٦٩٠٩- رجل ادعى على آخر أنه كان لفلان عليك كذا وكذا، وقد مات فلان، وصار ماله عليك ميراثًا لى، وقال المدعى عليه: أنا أوفيته هذا المال المدعى، وذهب ليأتى بالبينة، فلم يأتِ، ثم إن المدعى أعاد دعواه ثانيًا فى مجلس آخر، فقال المدعى عليه: لا علم لى بوراثتك، سمع ذلك منه.

١٦٩١٠- وفى "واقعات الناطفى": إذا أقام البينة على عبد فى يدى رجل أنه كان عبده، وإنه كان فى يده منذ سنة حتى اغتصبه هذا الذى هو فى يديه، وأقام ذو اليد البينة أنه عبده منذ عشرين سنة، فهو لمن فى يديه؛ لأن بينته أسبق تاريخًا.

١٦٩١١- وفى "العيون": تنازعا فى شيء، فأقام أحدهما البينة أنه كان فى يده منذ شهر، وأقام الآخر بينة أنه فى يده الساعة، أقره القاضى فى يد مدعى الساعة؛ لأن يد الآخر منقضية، واليد المنقضية لا عبرة لها عند أبى حنيفة ومحمد. ولو أقام أحدهما

بينة أنه فى يديه منذ شهر، وأقام الآخر بينة أنه فى يده منذ جمعة، قضى به لمدعى الجمعة.

١٦٩١٢- وفى "العيون": رجل فى يديه أرض لغيره آجرها، وقال رب الأرض للآجر: آجرتها بأمرى، وقال الآجر: غصبتها منك، ثم آجرتها، فالقول قول رب الأرض؛ لأن الأصل أن يكون بدل منافع الأعيان لمالك الأعيان، فالآجر بدعوى الغصب أولا يدعى ذلك لنفسه، ولو بنى فيها ذو اليد، ثم آجرها، فقال رب الأرض: أمرتك أن تبنى فيها لى، وتؤاجرها، وقال ذو اليد: غصبتها منك وبنيتها، ثم آجرتها، يقسم الأجر على الأرض مبنية وعلى الأرض غير مبنية فلاة، فما أصاب الأرض، فهو لصاحب الأرض، وما أصاب البناء، فهو لذى اليد؛ لأن القول فى البناء لذى اليد، إذ الأصل أن يعمل الإنسان لنفسه، ورب الأرض يدعى خلاف ما هو الأصل.

ولو قال صاحب الأرض: غصبتها منى ببنية، فالقول قوله، وإن أقام البينة، فبينة الغاصب أولى. ولو قال لغيره: غصبت منك ألفًا، وربحت فيها عشرة آلاف، وقال المقر له: لا، بل أمرتك به، فالقول للمقر له. ولو قال المقر له: بل غصبت الألف والعشرة آلاف، فالقول للمقر له، ولو قال: غصبت منك ثوبًا، وقطعته وخطته بغير أمرك، وقال المقر له: بل غصبتنى القميص، أو قال: بل أمرتك بخياطته، فالقول للمقر له.

١٦٩١٣- قال محمد رحمه الله فى "الجامع الصغير": فى نهر لرجل إلى جنبه مسناة[1]، وأرض لرجل خلف المسناة متصل بها ادعى صاحب النهر أن المسناة له، وادعى صاحب الأرض أن المسناة له، فهذه المسألة على وجهين: إما أن كانت المسناة فى يد أحدهما، بأن كان غرس أحدهما، أو زرع أحدهما عليها، وفى هذا الوجه يقضى بالمسناة لصاحب اليد، وهذا ظاهر، وإما أن لم تكن المسناة فى يد أحدهما، ففى هذا الوجه يقضى بالمسناة لصاحب النهر عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله، وعند أبى حنيفة: يقضى بها لصاحب الأرض، هكذا ذكر المسألة فى الكتاب، بعض مشايخنا قالوا: هذا الخلاف فيما إذا كان النهر مع الأرض مستويين.

(١) هكذا فى ظ ف م، معناه: سدٌّ يبنى لحجز ماء السيل أو النهر، به مفاتح للماء على قدر الحاجة، وكان فى الأصل: "منأة".

وأما إذا كان النهر أعلى يقضى بالمسناة لصاحب النهر؛ لأنه هو المحتاج إلى المسناة، وإن كان الأرض أعلى، يقضى بالمسناة لصاحب الأرض؛ لأنه هو المحتاج إليها، إلا أن في الكتاب أطلق الجواب إطلاقًا، من مشايخنا من قال: هذه المسألة بناءً على مسألة أخرى، أن صاحب النهر هل يستحق حريمًا لنهره إذا حفر نهرًا في أرض الموات، على قولهما: يستحق، وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله: لا يستحق، وإذا كان من مذهبهما أن صاحب النهر يستحق الحريم لنهره، كانت المسناة في يد صاحب النهر تبعًا للنهر، فيقضى له بحكم اليد، وإذا كان من مذهب أبي حنيفة أن صاحب النهر لا يستحق الحريم، لم تكن المسناة في يد صاحب النهر، وإنها ليست في يد صاحب الأرض أيضًا؛ لأنه لا حريم للأرض بلا خلاف، حتى تكون المسناة في يد صاحب الأرض، إلا أن المسناة أشبه بالأرض؛ لأنها تصلح للزراعة والغراسة كالأرض، والنهر لا يصلح لذلك، والأصل في كل شيء تنازع فيه اثنان، وليس هو في يد أحدهما، إلا أن في يد أحدهما ما هو أشبه بالشيء المتنازع فيه، فإنه يقضى به لمن كان في يده ما هو أشبه، كما لو تنازعا في إحدى مصراعي باب، وهو موضوع على الأرض، والمصراع الآخر معلق على باب أحدهما، فإنه يقضى بالموضوع لمن كان المصراع الآخر معلقًا على بابه إذا كان الموضوع يشبه المعلق، كذا ههنا.

هذا إن جعلنا مسألة المسناة بناءً على مسألة الحريم، وإن جعلناها ابتداءً كما ذهب إليه بعض المشايخ، فوجه قولهما في المسألة: إن الظاهر شاهد لصاحب النهر، فإن له عليها يد استعمال، فإنها ملقى طينة، ألا ترى أن صاحب الأرض لو أراد أن يمنعه عن إلقاء الطين عليها، ليس له ذلك، والقول قول من شهد له الظاهر.

وجه قول أبي حنيفة: إن الظاهر في جانب صاحب الأرض أقوى، فيكون هو أولى. بيانه: أن الحريم أشبه بالأرض من النهر صورة ومعنى. أما صورة فإنهما مستويان يوازي كل واحد منهما صاحبه، بخلاف النهر، وأما معنى فلأن كل واحد منهما يصلح للزرع والغرس، والنهر لا يصلح لذلك، فكان القضاء لصاحب الأرض أولى، كما قلنا: في المستأجر مع رب الدار إذا اختلفا في لوح، وهو يماثل الألواح المركبة، فإنه يقضى لرب الدار، كذا ههنا، ولأن يد صاحب الأرض إلى هذا الموضع أسبق؛ لأن هذا الموضع كان أرضًا في الأصل، ثم صار نهرًا لعارض، فكان القضاء له أولى، كما لو

تنازع اثنان فى حائض، ولأحدهما اتصال تربيع، وللآخر عليه جذوع، كان القضاء بالحائط لصاحب الاتصال أولى؛ لأن يده سابق، وإلقاء الطين على المسناة، فقد قال بعض مشايخنا: إن لصاحب الأرض أن يمنع صاحب النهر من إلقاء الطين عليها عند أبى حنيفة رحمه الله، والصحيح أنه ليس له ذلك؛ لأن هذا قضاء بالظاهر، فيجب القضاء على حسب ما ظهر، وقد ظهر أن المسناة لصاحب الأرض، ولصاحب النهر حق إلقاء الطين عليه، وهو نظير ما قلنا فى مسألة الحائط: إذا قضى به لصاحب التربيع، لا يؤمر صاحب الجذع برفع الجذع، والفقه ما ذكرنا أن الظاهر لا يصلح لإبطال حق الغير[1].

ثم ذكر فى الكتاب أن على قولها: يقضى بالمسناة لصاحب النهر، ولم يبين أنه بأى مقدار يقضى له، وقد اختلف المشايخ فيه، بعضهم قالوا: يجعل له بقدر ما يمر عليه العراب، وبعضهم قالوا: بمقدار ما يمر عليه رجل واحد، وعن أبى يوسف فى فى "النوادر": أنه يمسح بطن النهر، فيجعل له من كل جانب مثل نصفه، وعن محمد فى فى "النوادر": أنه يمسح بطن النهر، فيجعل له من كل جانب مثله، وثمرة الخلاف المذكور فى هذه المسألة لا يظهر فى هدم المسناة، فإن المسناة وإن كانت لصاحب الأرض عند أبى حنيفة، فليس له هدمها دفعًا للضرر عن صاحب الماء، فإنه لا يتمكن من إجراء الماء فيه بدون المسناة، وإنما يظهر ثمرة الخلاف فى شيئين، فى ولاية الغرس على المسناة، عند أبى حنيفة رحمه الله ولاية الغرس لصاحب الأرض، وعندهما لصاحب النهر، والثانى فى أنه إذا كان على المسناة أشجار، ولا يدرس من غرسها، فعلى قول أبى حنيفة: الأشجار لصاحب الأرض، وعندهما: لصاحب النهر.

ثم إن أبا حنيفة فرّق بين المسناة، وبينما إذا حفر الرجل فى داره بئرًا، وهو مما يضرّ جاره، فإنه لا يمنع ذلك، وقال فى مسألة المسناة: إذا تصرف صاحب الأرض فى المسناة تصرفًا يتضرر به صاحب النهر بعد الهدم، يمنع عنه، وفى الموضعين جميعًا حصل متصرفًا فى خالص ملكه. والفرق: أن هدم المسناة ليس بانتفاع بالمسناة انتفاع المثل بالمسناة؛ لأن انتفاع المثل بالمسناة الزراعة وغرس الأشجار، لا الهدم.

---

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وم: "لو لم يصح إن لو عرف الشهود".

ومن انتفع بملكه انتفاعًا لا ينتفع بمثله، يمنع عن ذلك، وإذا تعدى إلى ملك الغير، صار ضامنا، كما لو سقى أرض نفسه سقيًا غير معتاد، فأما إذا حفر البئر فى داره، انتفع بالدار انتفاع مثله، ومتى انتفع بملكه انتفاع مثله لا يمنع عنه، وما يتولد منه لا يكون مضمونًا عليه، كما إذا سقى أرض نفسه سقيًا معتادًا.

بقى ههنا فصل آخر، أن صاحب الأرض إذا أراد أن يمنع صاحب النهر عن المرور على المسناة، هل له ذلك عند أبى حنيفة رحمه الله؟ بعض مشايخنا قال: ليس له ذلك، وبعضهم قالوا: له ذلك إذا لم يكن فيه ضرر ظاهر، وهو الأشبه -والله أعلم-.

الفصل الثانى عشر
فى دعوى النتاج

هذا الفصل يشتمل على أنواع أيضًا :

الأول: فى دعوى الخارج مع ذى اليد .

١٦٩١٤- قال محمد رحمه الله فى "الأصل" : إذا ادعى الرجل دابة فى يد إنسان أنها ملكه، نتجت عنده، وأقام عليه البينة، وأقام صاحب اليد بينة بمثل ذلك، القياس أن يقضى بها للخارج، وفى الاستحسان : يقضى بها لصاحب اليد، سواء أقام صاحب اليد البينة على دعواه قبل القضاء بها للخارج أو بعده. وجه القياس فى ذلك أن بينة الخارج أكثر استحقاقًا من بينة ذى اليد؛ لأن الخارج ببينته كما يثبت استحقاق أولية الملك بالنتاج يثبت استحقاق الملك الثابت لذى اليد بظاهر يده، وذو اليد ببينته لا يثبت استحقاق الملك الثابت للخارج بوجه ما، فهو معنى قولنا : إن بينة الخارج أكثر استحقاقًا، فكانت أولى بالقبول، كما فى دعوى الملك المطلق.

وجه الاستحسان حديث جابر رضى الله عنه : أن رسول الله ﷺ قضى فى عين هذه الصورة لصاحب اليد، والمعنى فى المسألة أن صاحب اليد ببينته كما لا يستحق على الخارج شيئًا، فالخارج ببينته لا يستحق على صاحب اليد شيئًا أيضًا. بيانه : أن الخارج يدعى أولية الملك لنفسه بسبب النتاج، وأولية الملك بسبب النتاج لا يحتمل التملك على ذى اليد بوجه ما؛ لأن بعد ما ثبت الملك لذى اليد بسبب النتاج لا يتصور أن يصير للخارج بسبب النتاج؛ لأنه مما لا يتكرر، فلا يمكننا أن نجعل ما يستحقه الخارج من الملك الثابت لذى اليد بظاهر اليد استحقاقًا على ذى اليد، بل يكون بيانًا أنه كان للخارج من الأصل، لا أنه لذى اليد، ثم صار للخارج، بخلاف دعوى الملك المطلق؛ لأن دعوى الملك المطلق أن يقول : هذا لى، وقوله : لى كما يحتمل أن يكون له من الأصل يحتمل

أن يكون له من جهة صاحب اليد، ولهذا يستقيم التصريح به، كما يستقيم أن يقال: هذا لى؛ لأنى تملكته من جهة المدعى، فأمكننا أن نجعل ما يستحقه الخارج من الملك الثابت لذى اليد بظاهر اليد استحقاقًا على ذى اليد، فجعلناه كذلك فى حق ترجيح بينة الخارج على بينة ذى اليد إن لم نجعله كذلك فى حق الحكم، فإن دعوى مطلق الملك جعل دعوى أولية الملك حكمًا، حتى يظهر ذلك فى حق استحقاق الولد.

وعن هذا قلنا: إن فى فصل النتاج لو تفرد الخارج بإقامة البينة، وقضى له، ثم أقام صاحب اليد البينة على النتاج، تقبل بينته، ويقضى له بالدابة؛ لأن الخارج ببينة لم يستحق على ذى اليد شيئًا، فلم يصر ذو اليد مقضيًا عليه، فتسمع بينته، كما تسمع بينة أجنبى آخر.

وفى دعوى الملك المطلق: لو تفرد الخارج بإقامة البينة، وقضى له، ثم أقام صاحب اليد بينة أنه له، لا تسمع بينته؛ لأن الخارج ببينته استحق على ذى اليد الملك الثابت له بظاهر يده، فصار ذو اليد مقضيًا عليه، فلا تسمع بينته بعد ذلك، هذا هو الحرف المعتمد الموروث من أستاذى فى الفرق بين فصل النتاج، وبين فصل الملك المطلق.

فإن قيل: ما ذكرتم من العلة فى فصل النتاج يشكل بما إذا ادعى الخارج ملكًا مطلقًا، وادعى ذو اليد النتاج، وأقاما البينة، فإن فى هذه الصورة بينة ذى اليد أولى، وفى بينة الخارج ههنا زيادة استحقاق على ذى اليد. قلنا: نعم فى بينة الخارج زيادة استحقاق على ذى اليد فى هذه الصورة، إلا أنه فى بينة ذى اليد سبق التاريخ؛ لأنها ثبت أولية الملك على وجه لا يحتمل التملك من جهة الغير، فكان ذو اليد أسبقهما تاريخًا، فإنما قضى لذى اليد فى هذه الصورة لهذا، ألا ترى أنهما لو ادعيا ملكًا مطلقًا، وأرّخا وذو اليد أسبقهما تاريخًا، يقضى لذى اليد، وإن كان فى بينة الخارج زيادة استحقاق على ذى اليد لهذا إن أسبقهما تاريخًا ذو اليد.

١٦٩١٥- ثم اختلف المشايخ بعد ذلك أن القضاء لذى اليد فى هذه الصورة قضاء ترك أو قضاء استحقاق، قال عيسى بن أبان رحمه الله: إنه قضاء ترك، حتى يحلف ذو اليد للخارج؛ لأن البينتين تهاترتا؛ لأن القاضى يتيقن بكذب إحداهما على وجه لا يجد

لذلك محملا ؛ لأن المطلق لأداء الشهادة على النتاج معاينة الولادة لا ظاهر اليد، ولا تصرف الملاك ولا التسامع، وولادة دابة واحدة من دابتين أو دابة واحدة مراراً لا تصور لها، وفى مثل هذا تتهاتر البينتان، كما فى مسألة الكوفة ومكة، وإذا تهاترت البينتان، صارا كأنهما لم يقيما البينة، ولو لم يقيما البينة يقضى لذى اليد قضاء ترك بعد ما يستخلف للخارج ويحلف، كذا ههنا. وعلى قياس ما ذكره عيسى: يجب أن لا تقبل بينة الخارجين على النتاج، وكذلك يجب أن لا تقبل بينة ذى اليد على النتاج إذا أقامها بعد القضاء للخارج، كما فى مسألة الكوفة ومكة متى قضى بشهادة أحد الفريقين، لا تسمع شهادة الفريق الآخر بعد ذلك.

وقال عامة المشايخ: قضاء استحقاق حتى لا يحلف ذو اليد للخارج. ووجه ذلك أن القاضى وإن تيقن بكذب إحدى البينتين، إلا أنه لا يجد بكل بينة محملا يطلق لها أداء الشهادة بالنتاج بأن عاين إحدى البينتين نفس الولادة فى يد الغاصب، ورأى الغاصب يتصرف فيها تصرف الملاك، إلا أنها لم يعلمه غاصبًا، فيحل لهم أداء الشهادة للغاصب بناء على ذلك، والبينة الأخرى علمت حقيقة الحال، وكون الذى فى يده الدابة غاصبًا، فيحل لهم أداء الشهادة للمغصوب منه بالنتاج بناء على ذلك، أو عاين إحدى البينتين، الولادة من دابة زيد، والبينة الأخرى عابنت اتباع هذا الولد دابة عمرو، والارتضاع منها، وإذا وجد القاضى لشهادة كل فريق محملا، يطلق له أداء الشهادة كانت الشهادة على النتاج من الخارجين، والشهادة على مطلق الملك من الخارجين سواء، وهناك لا تتهاتر البينتان، وإن تيقن القاضى بكذب إحدى البينتين؛ لأن العين الواحد لا يتصور أن يكون مملوكًا لشخصين فى زمان لكل واحد منهما بكماله لهذا؛ لأن القاضى وجد لكل فريق محملا يطلق له أداء الشهادة بأن عاين أحد الفريقين أحد الخصمين باشر سبب الملك، وعاين الفريق الآخر الخصم الآخر تصرف فيه تصرف الملاك، كذا ههنا، بخلاف مسألة الكوفة ومكة؛ لأن هناك القاضى تيقن بكذب إحدى البينتين على وجه لا يجد لها محملا يطلق له أداء الشهادة؛ لأن المطلق للشهادة بالطلاق والعتاق معاينة الشهود إيقاع الطلاق والعتاق، لا طريق لأداء الشهادة هناك غير هذه، ولا يتصور سماع الفريقين إيقاع الطلاق والعتاق فى يوم واحد من شخص واحد بكوفة ومكة؛ لأن الشخص الواحد على ما عليه العادة لا يتصور أن يكون فى يوم واحد

بالكوفة وبمكة، فتهاترت البينتان، أما ههنا بخلافه.

١٦٩١٦- هذا إذا لم يؤرخا، أو أرّخا وقضى لصاحب اليد، إلا إذا كان سن الدابة مخالفًا لوقت صاحب اليد، موافقًا لوقت الخارج، فحينئذٍ يقضى للخارج. وإن كان سن الدابة مخالفًا للوقتين، لم يذكر هذا الفصل فى الأصل فى الدابة، وعامة المشايخ على أنه تتهاتر البينتان، ويترك الدابة فى يد صاحب اليد قضاء ترك، وهكذا ذكر القدورى فى شرحه.

١٦٩١٧- وذكر محمد رحمه الله فى "الأصل" فى آخر دعوى النتاج: عبد فى يدى رجل أقام رجل بينة أنه عبده، ولد فى ملكه، ووقت لذلك وقتًا، وأقام صاحب اليد بينة على مثل ذلك، والعبد أكبر من الوقتين، أو أصغر، تهاترت البينتان، فتصير مسألة العبد رواية فى مسألة الدابة إذا كان سن الدابة على خلاف الوقتين أنه تتهاتر البينتان.

ومما يتصل بهذا النوع:

إذا ادعى الخارج فعلا مع النتاج، أو ادعى كل واحد منهما فعلا مع النتاج.

١٦٩١٨- صورته فيما إذا كان دعوى الفعل مع النتاج من جهة الخارج ما ذكر محمد رحمه الله فى "الأصل" فى باب دعوى العتق: عبد فى يدى رجل أقام رجل البينة أنه ولد فى ملكه، وأنه أعتقه أو دبره، وأقام الذى فى يديه بينة أنه عبده، ولد فى ملكه، قضى للخارج، وإن ادعيا النتاج؛ لأن فى دعوى النتاج بدون دعوى الفعل من الخارج إنما كانت بينة ذى اليد أولى؛ لأن البينتين استوتا فى الإثبات فيما وقع فيه الدعوى، فإن كل بينة تثبت أولية الملك لصاحبها على وجه يمتنع استحقاقها إلا من جهته، فرجحت بينة صاحب اليد بحكم اليد، وههنا بينة الخارج أكثر إثباتًا فيما وقع فيه الدعوى؛ لأنها تثبت أولية الملك للخارج على وجه يمتنع استحقاقه أصلا؛ لأن الملك بعد العتق يصير بحال لا يستحق أصلا، وذو اليد ببينته يثبت أولية الملك على وجه يتصور استحقاق ذلك عليه، فكان بينة الخارج أكثر إثباتًا.

١٦٩١٩- وهذا بخلاف ما لو ادعى الخارج مع النتاج البيع أو الإجارة أو الكتابة،

فإن هناك بينة ذى اليد أولى ؛ لأن هناك بينة الخارج ليست أكثر إثباتًا ؛ لأنها تثبت أولية الملك للخارج على وجه يتصور الاستحقاق عليه من جهته ، فإن الملك بعد البيع والإجارة لا يصير بحال لا يتصور استحقاق عليه ، فرجحنا بينة ذى اليد بحكم يده ، وبخلاف ما إذا ادعى الخارج العتق مع مطلق الملك ، وذو اليد ادعى النتاج ، فإن هنا بينة ذى اليد أولى ؛ لأن دعوى العتق إنما تعتبر ترجيحًا عند استواء البينتين فى إثبات الملك ، وما استوت البينتان ههنا فى إثبات الملك ؛ لأن الخارج يثبت أولية الملك مع الاحتمال ، وذواليد يثبت أولية الملك بلا احتمال .

١٦٩٢٠- ولو ادعى الخارج التدبير مع النتاج ، وادعى صاحب اليد النتاج لا غير ، وفى هذا الوجه اختلف الروايات ، ذكر فى رواية أبى سليمان أنه يقضى للخارج ، وجعله بمنزلة العتاق ، وذكر فى رواية أبى حفص : أنه يقضى لذى اليد ، وجعله بمنزلة الكتابة . وجه رواية أبى حفص : أن التدبير يقبل الفسخ بقضاء القاضى ، فصار كالكتابة ، وجه رواية أبى سليمان : أن التدبير يفيد حق العتق ، ولهذا لا يجوز إعتاق المدبر عن كفارة يمينه ، والحق ملحق بالحقيقة ، فصار دعوى التدبير ودعوى الإعتاق سواء ، بخلاف الكتابة ؛ لأنها لا تفيد حق العتق .

١٦٩٢١- ولو ادعى الخارج التدبير أو الاستيلاد مع النتاج ، وادعى ذو اليد عتقًا باتًا مع النتاج ، كان بينة ذى اليد أولى ؛ لأنه لو ادعى الخارج فى هذه الصورة عتقا باتًا ، كان ذو اليد أولى ؛ لأن البينتين استوتا فيما وقع فيه الدعوى ، فرجحنا بينة صاحب اليد بحكم اليد ، فكذا إذا ادعى الخارج التدبير أو الاستيلاد .

١٦٩٢٢- ولو ادعى ذواليد التدبير أو الاستيلاد مع النتاج ، وادعى الخارج عتقا باتًا مع المتاع كانت بينة الخارج أولى ؛ لأن بينة الخارج أكثر إثباتًا ؛ لأنها تثبت أولية الملك للخارج على وجه لا يستحق عليه من جهته أصلا ، لا رقبة ولا يدًا ، وذو اليد أثبت أوّلية الملك على وجه يتصور استحقاقه عليه رقبة ويدًا بقضاء القاضى فى التدبير والاستيلاد ، ويدًا لا رقبة بالإجارة والإعارة والنكاح .

١٦٩٢٣- وفى كتاب الولاء فى باب الشهادة فى الولاء : إذا ادعى ذو اليد النتاج ، وادعى الخارج أنه ملكه غصبه منه ذو اليد كانت بينة الخارج أولى . وكذا إذا

ادعى ذو اليد النتاج، وادعى الخارج أنه ملكه آجره، أو أودعه منه، أو أعاره منه، كانت بينة الخارج أولى. قال شيخ الإسلام رحمه الله: الحاصل أن بينة ذى اليد على النتاج إنما يترجح على بينة الخارج على النتاج أو على مطلق الملك، بأن ادعى ذو اليد النتاج، وادعى الخارج النتاج، أو ادعى الخارج الملك المطلق إذا لم يدّع الخارج فعلا على ذى اليد نحو الغصب أو الوديعة أو الإجارة أو الرهن أو العارية، أو ما أشبه ذلك.

١٦٩٢٤- أما إذا ادعى الخارج الملك المطلق، ومع ذلك ادعى فعلا، فبينة الخارج أولى، وأشار محمد رحمه الله ثمة إلى المعنى، وقال: لأن بينة الخارج فى هذه الصورة أكثر إثباتًا؛ لأنها تثبت الفعل على ذى اليد، وهو الغصب أو الاستئجار، وما أشبه ذلك، وإنه ليس بثابت أصلا، وذواليد ادعى أوّلية الملك، واليد إن كانت لا تدل على أوّلية الملك تدل على أصل الملك، فكان ما ادعاه ذو اليد ثابتًا من وجه بظاهر يده، وما ادعاه الخارج من الغصب والإعارة، وغير ذلك غير ثابت أصلا، فكانت بينته أكثر إثباتًا، فكانت أولى بالقبول، إلا أنه يرد على هذه الثلاثة مسألة الخارج مع ذى اليد إذا ادعيا النتاج لا غير، فإن هناك يقضى ببينة ذى اليد مع أن أصل الملك ثابت لذى اليد بحكم يده، وذكر فى كتاب الدعوى من الأصل فى مثل هذه المسألة طريقًا آخر.

١٦٩٢٥- وصورة تلك المسألة: عبد فى يدى رجل أقام رجل بينة أنه عبده، غصبه ذو اليد منه، أو قال: استأجره ذو اليد منه، أو استعاره منه، أو ارتهنه منه، وأقام ذو اليد بينة أنه ملكه أعتقه أو دبّره، أو كانت أمة أقام ذو اليد بينة أنه استولدها، كان بينة الخارج، وقضى بالعبد له، وكان أن يكون بينة ذى اليد أولى؛ لأن ذا اليد يدعى النتاج معنى؛ لأن النكاح والإعتاق والتدبير والاستيلاد فى معنى النتاج، وذو اليد إذا ادعى النتاج كان هو أولى من الخارج.

ذكر محمد رحمه الله هذا السؤال، وذكر جوابه، فقال: ذو اليد إذا ادعى النتاج إنما يكون أولى من الخارج إذا صح منه دعوى النتاج، ولم تصح دعوى النتاج من ذى اليد ههنا بما أثبته الخارج على ذى اليد؛ لأن الخارج لما أثبت على ذى اليد الارتهان أو الإجارة أو الاستعارة منه، فقد أثبت إقرار ذى اليد أن الملك فيه للخارج؛ لأن الاستئجار والاستعارة والارتهان إقرار بملك الآجر والمعير والراهن، ومع إقرار ذى اليد بالملك

للخارج لا يصح دعوى صاحب اليد النتاج، والبينة لا تسمع بدون الدعوى، وإذا لم يسمع بينة ذى اليد صار كأنه لم يقم البينة.

١٦٩٢٦- وكذلك إذا أثبت الخارج عليه الغصب؛ لأن من الجائز أن شهود الخارج شهدوا بالغصب على ذى اليد؛ لأنهم عاينوا أخذ ذى اليد من الخارج، ويجوز أنهم شهدوا بالغصب على ذى اليد؛ لأنهم سمعوا إقراره بالغصب، فباعتبار الأخذ إن كان دعوى النتاج من ذى اليد صحيحًا، فباعتبار الإقرار لا يصح، كما لو عاينا إقراره أنه غصبه منه، فلا يصح دعواه مع الشك، فقد تمكن من جانب ذى اليد ما يبطل دعواه النتاج، إما من كل وجه، كما فى الإيداع والإعارة والإجارة، أو من وجه، كما فى الغصب، ولم يتمكن من جانب الخارج ما يمنع دعواه الغصب على ذى اليد؛ لأن دعواه الغصب على ذى اليد لو لم يصح إنما لم يصح[1] أن لو عرف الشهود حقيقة الملك لذى اليد حتى ينتفى[2] غصب ذى اليد، ولا يتصور ذلك؛ لأن الشهود لا يعرفون حقيقة الملك، وإنما يعرفون الملك من حيث الظاهر، وما لم يثبت الشهادة بحقيقة الملك لذى اليد لا ينتفى[3] غصب ذى اليد، وهذا بخلاف ما لو لم يشهد شهود الخارج على ذى اليد بالغصب، إنما شهدوا للمدعى بالملك المطلق، وادعى ذو اليد الملك والعتق والتدبير، فإن هناك يقضى ببينة ذى اليد؛ لأن هناك لم تثبت بينة الخارج ما يمنع صحة دعوى ذى اليد النتاج، وهو إقراره بالملك للخارج، لا من كل وجه، ولا من وجه.

فإن قيل: لا، بل[4] فى تلك الصورة وجد فى بينة الخارج ما يمنع صحة دعوى ذى اليد النتاج، وهو الشهادة بالغصب على ذى اليد من الخارج؛ لأن الشهادة بالملك للخارج شهادة بالغصب على ذى اليد إذا كان العين فى يد ذى اليد اقتضاء، والثابت اقتضاء والثابت نصًّا سواء. قلنا: نعم الشهادة بالملك للخارج شهادة على غصب ذى اليد إذا كان العين فى يد ذى اليد اقتضاء، إلا أن المقتضى ثابت بطريق الضرورة، فيقدر

---

(١) هكذا فى الأصل وظ، وكان فى ف وم: "ينبغى".

(٢) هكذا فى الأصل وظ، وكان فى ف وم: "ينبغى".

(٣) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وف وم: "لا بدّ".

(٤) هكذا فى ظ وم، وكان فى الأصل وف: "فوق الإقرار".

بقدر الضرورة والضرورة ترتفع متى أثبتنا غصب ذى اليد بالأخذ، فلا يثبت الإقرار بالغصب مقتضى شهادة الخارج؛ لأن الإقرار بالغصب فوق الغصب الثابت بالأخذ؛ لأن الغصب الثابت بالأخذ يوجب الضمان، أما لا يمنع دعواه الملك لنفسه بعد الأخذ بالنتاج ولا مطلقًا، وإقراره بالغصب يوجب الضمان، ويمنع دعوى الملك لنفسه بعد ذلك، وإذا لم يثبت إقرار ذى اليد بالغصب بشهادة الخارج، لم يتمكن فى جانب ذى اليد ما يمنع صحة دعواه النتاج، وقد صار بدعوى الإعتاق والتدبير مدعيًا النتاج معنى، فتقبل بينته، بخلاف ما إذا شهدوا عليه بالغصب؛ لأن هناك الغصب يثبت بنص الشهادة، وكما يحتمل الغصب بالأخذ يحتمل الغصب بالإقرار، فيعتبر الإقرار ثابتًا لما كان الغصب ثابتًا بنص الشهادة، ليكون الثابت بالنص ما هو أقوى، فباعتبار الإقرار لايصح دعوى ذى اليد النتاج، وباعتبار الأخذ يصح، فلا يصح بالشك.

ومما يتصل بهذا النوع:

١٦٩٢٧- ذكر محمد فى "الأصل": شاة فى يدى رجل أقام رجل البينة أنها شاته، ولدت فى ملكه، وأقام صاحب اليد بينة أنها شاته تملكها من جهة فلان، وأنها ولدت فى ملك فلان ذلك الذى تملكها منه، قضى بها لصاحب اليد؛ لأن صاحب اليد خصم عمّن تلقى الملك من جهته، ويده يد المتلقى عنه، فكأنه حضر، وأقام البينة على النتاج، والشاة فى يده، وهناك يقضى بالشاة له، كذا ههنا.

وفى "الأصل" أيضًا: شاة فى يد رجل، جاء رجل، وأقام بينة أنها شاته، ولدت فى ملكه، وقضى القاضى بالشاة له، ثم جاء آخر، وأقام بينة أنها شاته، ولدت فى ملكه، قضى بأن له إلا أن يعيد صاحب اليد، وهو المقضى له ببينة[1] على النتاج حينئذٍ تندفع بينة الثانى ببينته، وسلمت له الشاة أما بدون ذلك، لا يندفع بينة الثانى، وهذا لأنا لو دفعنا بينة الثانى بما أقام الأول من البينة، فقد دفعنا بينة أحد مدعى النتاج ببينة المدعى الآخر، وهما خارجان؛ لأن الأول حين أقام البينة كان خارجًا، ولا يجوز دفع بينة أحد مدعى النتاج بالآخر، وهما خارجان، فإذا أعاد صاحب اليد، وهو المقضى له البينة على

---

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وف وم: "بينة".

النتاج، لو دفعنا بينة الثانى بهذه البينة، فقد دفعنا بينة الخارج فى دعوى النتاج ببينة ذى اليد، وذلك جائز . وإن لم يعد المقضى له البينة حتى قضى القاضى بالشاة للثانى، ثم أعاد المقضى له البينة على النتاج . ذكر فى كتاب الأقضية هذا الفصل فى العبد، وقال: لا ينقض القضاء عليه، وأشار إلى المعنى، فقال: لأنه إنما صار صاحب يد بحكم القضاء الأول، وقد انتقض ذلك اليد بالقضاء الثانى، وصار المقضى له الثانى ذا اليد، فكانت بينته أولى بالقبول، وذكر فى "الأصل": أن القاضى ينقض القضاء على الثانى، ويقضى للمقضى له الأول، وهو الصحيح .

١٦٩٢٨- فرق بين هذا وبينما إذا وقع دعوى الملك المطلق، وأقام الخارج البينة على ذلك دون ذى اليد، وقضى القاضى للخارج على ذى اليد، ثم أراد ذو اليد أن يقيم البينة أن الملك له، فإن هناك القاضى لا يقبل بينة ذى اليد .

والفرق: أن فى دعوى النتاج ذو اليد لا يصير مقضيّا عليه بالقضاء للخارج؛ لأن التملك بالنتاج لا يكون تملكًا على أحد؛ لأنه بعد ما ثبت الملك بالنتاج لشخص لا يتصور أن يصير لغيره بالنتاج؛ لأن النتاج مما لا يتكرر، فلا يمكننا أن نجعل ما يستحقه للخارج من الملك استحقاقًا على ذى اليد، بل يكون بيانًا أنه كان له من الأصل، إلا أنه صار لذى اليد، ثم صار للخارج . أما فى دعوى الملك المطلق ذو اليد يصير مقضيّا عليه بالقضاء للخارج من وجه؛ لأن دعوى الملك المطلق يحتمل دعوى التملك على ذى اليد، فلهذا افترقا .

١٦٩٢٩- ومن هذا الجنس ذكر فى "المنتقى": عبد فى يدى بخارى مثلا، أقام عليه سمرقندى البينة أنه عبده، ولد فى ملكه، وأقام البخارى بينة بمثل ذلك، وقضى القاضى بالعبد للبخارى، وأبطل بينة السمرقندى، ثم حضر خجندى، فأقام البينة على البخارى أنه عبده، وله فى ملكه، فإنه يستحقه ببينة إلا أن يعيد البخارى البينة على الخجندى أنه عبده، ولد فى ملكه، ولم يكتف بالبينة الأولى، فإن لم يقدر البخارى على إعادة البينة، وقضى القاضى بالعبد للخجندى، ثم أحضر البخارى بينة أن العبد عبده، ولد فى ملكه، قضى للبخارى، وإن لم يعد البخارى بينة[1]، ولكنه حضر

---

(١) هكذا فى الأصل وف وم، وكان فى ظ: "ببينة"

أوسى"، وأقام بينة أنه عبده، ولد فى ملكه، فإن القاضى يقول للخجندى : أعد بينتك على أنه عبدك ولد فى ملكك بمحضر من الأوسى، فإن أحضرها كان هو أحق بالعبد من الأوسى، فإن حضر السمرقندى وهو المدعى الأول، وأقام بينة أنه عبده، ولد فى ملكه لم تقبل بينته؛ لأنه قد قضى عليه به مرة، فلا تقبل بينته على أحد بعد ذلك، قال : ثمة وهذا قول أبى يوسف ومحمد، وهو قياس قول أبى حنيفة.

١٦٩٣٠- ومن هذا الجنس ذكر فى "المنتقى" أيضًا عن محمد : رجل فى يديه عبد، أقام رجل بينته أنه عبده، ولد فى ملكه، وأقام رجل آخر بينة بمثل ذلك، وقضى القاضى بالعبد بينهما نصفين؛ لما نبين بعد هذا -إن شاء الله تعالى- ثم جاء ثالث، وأقام بينة بمثل ذلك، يقضى بالعبد له إن لم يعد المقضى لهما بينة أنه عبدهما، ولد فى ملكهما، فإن أعاد ذلك أحدهما، دون الآخر قضى بالنصف الذى فى يدى الذى أعاد بينته له، ولم تقبل فيه بينة الثالث، ويقضى للثالث على المقضى له الآخر الذى لم يعد البينة بالنصف الذى فى يديه، ولا شركة فيه مع الثالث للذى أعاد بينته؛ لأن القاضى حين قضى أول مرة بالعبد بين المقضى لهما، فقد قضى لكل واحد منهما على صاحبه بنصفه، فلا يقبل من كل واحد منهما بينة بعد ذلك على ما قضى به لصاحبه، فإن وجد المقضى عليه الأول، وهو الذى كان العبد فى واحد منهما بينة بعد ذلك على ما قضى به لصاحبه، فإن وجد المقضى عليه الأول، وهو الذى كان العبد فى يده بينة أن العبد ملكه، ولد فى ملكه، وأقامها عند القاضى، قضى القاضى بالعبد له؛ لأنه لو أقام يومئذٍ بينة على ذلك، كان هو أولى. فكذلك إذا أقام بينة بعد ذلك.

ومما يتصل بهذا الفصل[1] أيضًا:

١٦٩٣١- ما ذكر فى "الأصل" : أمة فى يدى رجل أقام رجل بينتة أن قاضى بلد كذا، قضى له بها على هذا الرجل الذى هى فى يديه، وأقام ذو اليد بينة أنها أمته، ولدت فى ملكه.

فهذه المسألة على وجوه : الأول : أن يشهد شهود المدعى أن قاضى بلدة كذا قضى

(١) هكذا فى جميع النسخ، ولكن الصحيح : "بهذ النوع".

لهذا المدعى بشهادة شهود شهدوا عنده أنه اشتراها من ذى اليد، أو وهبها ذو اليد له، أو تصدق بها ذو اليد عليه، وفى هذا الوجه القاضى يمضى قضاء ذلك القاضى، ويدفعها إلى المدعى.

الوجه الثانى: أن يشهد شهود المدعى أن قاضى بلد كذا قضى بها لهذا المدعى، ولم يبينوا سبب القضا. وفى هذا الوجه القاضى يمضى ذلك القضاء أيضًا، ويدفعها إلى المدعى؛ لأن ذلك القضاء قد صح ظاهرًا، ومن الجائز أن يكون القاضى إنما قضى بشهادة شهود شهدوا عنده، إذ المدعى اشتراها من ذى اليد، أو وهبها ذو اليد، أو تصدق بها عليه، وعلى هذا التقدير ببينة[1] ذى اليد على الولادة فى ملكه، لا يبطل ذلك القضاء، بل يقرره.

الوجه الثالث: أن يشهد شهود المدعى أن قاضى بلد كذا قضى بها لهذا المدعى بشهادة شهود شهدوا عنده أنها له، أو بشهادة شهود شهدوا أنها نتجت عنده، وفى هذا الوجه القاضى يمضى ذلك القضاء أيضًا عند أبى حنيفة وأبى يوسف، وعند محمد ينقضه، وجه قول محمد: إن صاحب اليد لو أقام البينة على النتاج عند القاضى الأول بعد ما قضى القاضى الأول للمدعى بالنتاج، أو بالملك المطلق، نقض القاضى الأول قضاءه للمدعى، وقضى بها لصاحب اليد؛ لما ذكرنا أن بينة ذى اليد على النتاج أولى من بينة المدعى على النتاج، وعلى مطلق الملك، فتبين أن قضاء القاضى ببينة الخارج وقع خطأ، والخطأ مردود، فإذا أقام ذو اليد بينة عند القاضى الثانى يجب أن يرد الثانى قضاء الأول؛ لأن المعنى الموجب للرد، وهو خطأ القاضى الأول فى قضاءه لا تتفاوت، ولأبى حنيفة وأبى يوسف: أن قضاء القاضى الأول نفذ من حيث الظاهر، فليس للثانى أن يبطله مع الاحتمال، كما لو بينوا سبب القضاء القاضى بين الاحتمال من وجهين: أحدهما: أما إذا شهدوا أنه قضى له بشهادة شهود شهدوا عنده أنها له؛ لأنه يحتمل بشهادة شهود شهدوا عنده أنها له، اشتراها من ذى اليد، وأما إذا شهدوا أنه قضى له بها بشهادة شهود شهدوا عنده أنها نتجت عنده؛ لأنه يحتمل أن هؤلاء الشهود عاينوا شهادة الشهود عند القاضى بالنتاج، ثم عاينوا قضاء القاضى بعد ذلك للمدعى بزمان، فشهدوا

(١) هكذا فى الأصل، وكان فى ظ: "أنه يتهاتر البينتان".

كما عاينوا، وقد تخلل بينهما شراء، أو إقرار من جهة ذى اليد بالشراء، علم القاضى بذلك أو لم يعلم الشهود، وقضى القاضى بالذى عاين من الشراء، ولم يعلم الشهود بذلك، فهذا الاحتمال ثابت.

الوجه الثانى لبيان الاحتمال: يحتمل أن ذا اليد أقام هذه البينة عند ذلك القاضى، ولاح اجتهاد ذلك القاضى على ترجيح ببينة الخارج على بينة ذى اليد، كما هو مذهب ابن أبى ليلى، فإن من مذهبه أن الخارج إذا أقام البينة على النتاج، أو على مطلق الملك، وأقام ذو اليد البينة على النتاج، فبينة ذى اليد أولى، وعلى هذا التقدير، فيكون قضاء الأول نافذًا لازما بحيث لا يجوز لغيره نقضه لحصوله فى محل مجتهد فيه.

الوجه الرابع: أن يشهد شهود المدعى أن قاضى بلد كذا، أقر عندنا أنه قضى للمدعى بهذه الجارية بشهادة شهود شهدوا عنده أنها له، أو بشهادة شهود شهدوا أنها نتجت عنده، وفى هذا الوجه ذكر شيخ الإسلام رحمه الله أن القاضى الثانى ينقض ذلك القضاء بالإجماع، وعلى ما عليه إشارات شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله، فالمسألة على الختلاف الذى ذكرنا.

ومن جنس هذه المسألة وإن لم يكن من جنس مسائل هذا النوع، وإذا كانت الجارية فى يدى رجل أقام رجل بينة أن قاضى بلد كذا قضى له بها على ذى اليد هذا، ولم يبينوا سبب القضاء، وأقام رجل آخر بينة على النتاج، فصاحب القضاء أولى. وإن أقام الأول بينة أن قاضى بلد كذا قضى له بها بشهادة شهود شهدوا عنده أنها له، وأقام الآخر بينة على النتاج، فصاحب القضاء أولى عندهما، وعند محمد صاحب النتاج أولى؛ لما قلنا.

نوع آخر
من هذا الفصل فى دعوى الخارجين النتاج:

١٦٩٣٢- إذا ادعى الرجلان دابة فى يدى رجل، كل واحد منهما يدعى أنها ملكه، نتجت عنده، وأقاما البينة، فإن لم يؤرّخا قضى بينهما، وإن أرّخا، وتاريخهما على السواء، ينظر إلى سن الدابة إن كان مشكلا، أو موافقًا للوقت الذى ذكرا نقضى

بينهما، وإن كان مخالفًا للوقت الذى ذكرا، لم يذكر محمد هذا الفصل فى "الأصل".
قال عامة المشايخ: الصحيح أنه تتهاتر البينتان، ويترك الدابة فى يد صاحب اليد، وإن أرّخا، وتاريخ أحدهما أسبق، قضى لصاحب الوقت الذى سن الدابة عليه، وإن كان سن الدابة مشكلا، قضى بينهما، فقد ألغى التاريخ فى دعوى النتاج، واعتبره فى دعوى الملك المطلق؛ لأن التاريخ إنما يعتبر ترجيحًا؛ لأن السابق ببينته يثبت زيادة استحقاق على صاحبه، وهو متصور فى دعوى الملك المطلق؛ لأن فى دعوى الملك المطلق يتصور أصل الاستحقاق لأحدهما على صاحبه بدون التاريخ، فيتصور زيادة الاستحقاق بزيادة التاريخ، وإن كان سن الدابة على غير الوقتين. ذكر فى "الأصل": أنه يقضى بينهما، وإليه ذهب بعض المشايخ، منهم الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسى رحمه الله، وعامة المشايخ على أن ما ذكره فى الكتاب غلط، والصحيح أنه تتهاتر[1] البينتان، وهكذا ذكر القدورى فى كتابه.

ومسألة العبد الذى ذكرها محمد فى آخر باب دعوى النتاج، وقد تقدم ذكرها فى أول النوع الأول يشهد لعامة المشايخ فى هذا الفصل. وروى بشر عن أبى يوسف مسألة الدابة، وذكر فى غير هذه الصورة: أنها تتهاتر البينتان. وذكر فى هذه الرواية زيادة، فقال: إذا علم أن سن الدابة مخالف لأحد الوقتين، وهو مشكل فى الوقت الآخر، قضى بالدابة لصاحب الوقت الذى أشكل سن الدابة عليه، وإن أرّخ أحدهما، ولم يؤرّخ الآخر، وكان سن الدابة مشكلا، قضى بينهما.

نوع آخر
من هذا الفصل فى دعوى صاحبى اليد النتاج:

١٦٩٣٣- دابة فى يدى رجلين يدعى كل واحد منهما أنها دابته، نتجت عنده، ويقيم البينة على ما يدّعى، فإن لم يؤرّخا يقضى لكل واحد منهما بالنصف، ولكن إنما يقضى لكل واحد منهما بالنصف الذى فى يده؛ لأنه اجتمع فى كل نصف بينة ذى اليد وبينة الخارج فى دعوى النتاج، وإن أرّخا، وتاريخهما على السواء، ينظر إلى سن

(١) هكذا فى الأصل وم، وكان فى ظ وف: "بترك".

الدابة، فإن كان مشكلا أو كان موافقًا للوقت الذى ذكرا، يقضى بالدابة بينهما، وإن كان مخالفًا للوقت الذى ذكرا، تهاترت البينتان عند عامة المشايخ، ويترك الدابة فى أيديهما كما كانت قبل هذا، وإن أرّخ أحدهما، ولم يؤرّخ الآخر، وكان سن الدابة مشكلا، يترك الدابة فى أيديهما كما كانت.

نوع آخر
من هذا الفصل فى المتفرقات:

١٦٩٣٤- ادعى رجل جارية فى يد إنسان أنها ملكه، ولدت فى ملكه من الأمة التى فى يديه، وأقام على ذلك بينة، وأقام صاحب اليد بينة أنها ملكه، ولدت فى ملكه من الأمة التى فى يديه، قضى بالجارية لصاحب اليد؛ لأن الولادة فى بنى آدم كالنتاج فى البهائم، ولو أقام المدعى بينة على أمها التى هى عند المدعى عليه أنها أمته، وأنها ولدت هذا الولد فى ملكه، وأقام صاحب اليد بينة على مثل ذلك، قضى بها وابنها[1] للمدعى؛ لأن أصل الدعوى فى الأم ودعواهما فى الأم دعوى مطلق الملك، إذ لم يذكرا[2] للملك فى الأم سببًا، وفى دعوى مطلق الملك الخارج أولى، وإذا صار الخارج أولى فى الأم كان أولى فى الولد إذ ظهر أن ولادة هذا الولد كان فى ملك الخارج.

١٦٩٣٥- قال محمد رحمه الله فى "الأصل" عقيب هذه المسألة: وكذلك الاختلاف فى الصوف والشاة على هذا، يريد به إذا وقع الدعوى فى صوف، فأقام الخارج بينة أنه صوفه جزّه من شاته هذه التى فى يديه، وأقام صاحب اليد بينة أنه صوفه جزه من شاته الأخرى التى فى يديه، قضى بالصوف لذى اليد.

١٦٩٣٦- ولو أقام المدعى بينة على الشاة التى هى فى يدى المدعى عليه أنها شاته، وأنه جز هذا الصوف فى ملكه منها، وأقام ذو اليد بينة على مثل ذلك، قضى بالشاة والصوف للمدعى؛ لما ذكرنا فى الجارية والولد.

١٦٩٣٧- عبد فى يدى رجل جاء رجل وادعى أنه عبده ولد من أمته هذه، ومن

(١) هكذا فى ظ، وكان فى ف وم: "أمها" وفى الأصل: "أمتها".

(٢) هكذا فى ظ وم، وكان فى الأصل وف: "دعوى مطلق الملك إذا لم يكن للملك".

عبده هذا، وأقام على ذلك بينة، وأقام صاحب اليد بينة بمثل ذلك، قضى بالعبد لصاحب اليد، ويكون ابن أمته وعبده، ولا يكون ابن أمة الآخر، ولا ابن عبده، فقد قضى بالعبد لصاحب اليد فى الملك والنسب جميعًا، أما فى الملك فظاهر، وأما فى النسب، فلأنهما تنازعا فى سبب هو بمعنى النتاج؛ لأن سبب النسب الولادة، وأحدهما صاحب اليد، وهناك يقضى لصاحب اليد، كذا ههنا.

١٦٩٣٨- عبد فى يدى رجل أقام رجل بينة أنه عبده، ولد فى ملكه، ولم يسمّوا أمه، وأقام رجل بينة أنه عبده، ولد فى ملكه من أمته هذه، فإنه يقضى بالعبد للذى أمه فى يده؛ لأنهما ادعيا النتاج فى الولد، ولا يد لأحدهما على الولد، ولأحدهما يد على الأم، فيترجح الذى له يد على الأم كما يترجح لو كان له يد على الولد، وهذا لأن الولد لا بد له من الأم والولد لايتصور بدونها، وإذا جاز أن يترجح أحدهما على الآخر فى الولد بسبب اليد على الولد، فكذا جاز أن يترجح أحدهما فى الولد بسبب اليد على الأم، فإن أقام صاحب اليد بينة على أنه عبده، ولد فى ملكه من أمته هذه على أمة أخرى، قضى به لذى اليد؛ لأن لذى اليد يدًا على الولد والأم جميعًا، فيكون هو أولى ممن لا يد له عليهما، وممن له يد على الأم دون الولد.

١٦٩٣٩- رجل فى يديه شاة سوداء، ورجل آخر فى يديه شاة بيضاء، فأقام الذى البيضاء فى يديه أن السوداء التى فى يدى صاحبى ملكى، ولدت فى ملكى من هذه البيضاء، وأقام الذى السوداء فى يديه أن البيضاء التى فى يدى صاحبى ملكى، ولدت فى ملكى من هذه السوداء، فإنه يقضى لكل واحد منهما بما فى يد صاحبه؛ لأن كل واحد منهما ادعى الملك فيما فى يده، وادعى النتاج فيما فى يد صاحبه، ففيما فى يد كل واحد منهما اجتمع دعوى النتاج، ودعوى الملك المطلق، فيكون الحكم لدعوى النتاج، هكذا ذكر محمد رحمه الله، وهذا إذا كان سن الشاتين مشكلة، فكل واحد منهما يصلح أما للأخرى بمرأى العين، وأما إذا كانت معلومة، وإحداهما يصلح أما للأخرى، والأخرى لا تصلح أما لهذا، كانت علامة الصدق ظاهرة فى شهادة شهود أحدهما، فيقضى بشهادة شهوده.

وعن أبى يوسف رحمه الله: فيما إذا كان سن الشاتين مشكلا أنى لا أقبل بينتهما،

ويقضى لكل واحد منهما بالشاة التى فى يده، وهذا قضاء ترك لا قضاء استحقاق، ثم إذا كانت سن الشاتين مشكلة، وكل واحد تصلح أما للأخرى إنما قبلت الشهادتان، وإن تيقن القاضى بكذب إحدى البينتين؛ لأنه وجد لكل فريق محملا يطلق له أداء الشهادة بأن عاين أحد الفريقين ولادة أحدهما الأخرى، فكبرت الابنة، وولدت، وترك لها ابن أمها لم يترك عادتها فى الارتضاع، فاتبعت ولدها، وارتضعت منها، فعاين الفريق الآخر ذلك.

١٦٩٤٠- ولو أقام الذى البيضاء فى يده أن البيضاء شاتى ولدت فى ملكى، والسوداء التى فى يد صاحبى شاتى، ولدت من هذه البيضاء، وأقام الذى السوداء فى يديه السوداء شاتى، ولدت فى ملكى، والبيضاء التى فى يد صاحبى ملكى، ولدت من هذه السوداء، فإنه يقضى لكل واحد منهما بما فى يده؛ لأن فى هذه المسألة كل واحد منهما ادعى النتاج فى الشاتين، فاجتمع فى كل شاة بينة ذى اليد مع بينة الخارج فى النتاج، فيقضى لصاحب اليد ببينته.

١٦٩٤١- عبد فى يدى رجل ادعى رجل أنه عبده اشتراه من فلان، وأنه قد ولد فى ملك فلان الذى باعه، فأقام على ذلك بينة، وأقام صاحب اليد بينة أنه عبده اشتراه من فلان، يريد به رجلا آخر، وأنه قد ولد فى ملك فلان الذى باعه، قضى به لذى اليد؛ لأن كل واحد منها ببينته يثبت أولية الملك لملكه بالولادة، ثم يثبت الانتقال إلى نفسه، فكان المملكين حضرا وادعيا ذلك، وأحدهما صاحب يد، وهناك يقضى لصاحب اليد، كذا ههنا -والله أعلم بالصواب- .

الفصل الثالث عشر
فيما هو فى معنى النتاج

١٦٩٤٢- قال محمد رحمه الله فى "الأصل" : وإذا ادعت امرأة غزل قطن فى يد امرأة أخرى أنه ملكها غزلته، وأقامت على ذلك بينة، وأقامت صاحب اليد بينة على مثل ذلك، قضى بالغزل لصاحب اليد؛ لأنه بمعنى دعوى النتاج.

بيانه : أن كل واحد منهما ادعت سبب الملك لنفسها فى العين المدعى به، وهو الغزل؛ لأن الغزل سبب ملك، فإن من غصب من آخر قطنًا، وغزل القطن ملكه، وغزل القطن لايعاد، ولا يكرر، وكان بمنزلة دعوى النتاج من هذا الوجه، فيقضى ببينة صاحب اليد، كما فى دعوى النتاج.

١٦٩٤٣- وكذلك لو ادعى صوفًا فى يدى رجل أنه صوفه جزه من غنمه، وأقام على ذلك بينة، وأقام صاحب اليد بينة على مثل ذلك، قضى به لصاحب اليد؛ لأنه بمنزلة دعوى النتاج؛ لأن الجز فى مجزوز واحد مما لا يتكرر. وكذلك إذا ادعى سمنًا أو زيتًا، أو دهن سمسم فى يدى رجل أنه له، عصره وسلاه، وأقام على ذلك بينة، وأقام صاحب اليد بينة على مثل ذلك، قضى لصاحب اليد؛ لأن هذا مما لا يثنى، ولايتكرر، فيكون بمعنى دعوى النتاج، وكذلك الدقيق والسويق على هذا، والولادة فى بنى آدم بمنزلة النتاج فى البهائم، حتى إذا تنازع اثنان فى غلام، كل واحد منهما يدعى أن الغلام ملكه، ولد فى ملكه، والغلام فى يد أحدهما، وأقام كل واحد منهما بينة على دعواه، قضى ببينة صاحب اليد، والنسب بمعنى النتاج حتى لو ادعى رجلان نسب ولد، والولد فى يد أحدهما، وأقام كل واحد منهما بينة على دعواه، قضى ببينة صاحب اليد، وسيأتى الكلام فيه بعد هذا -إن شاء الله تعالى-.

١٦٩٤٤- وإذا تنازع اثنان فى غزل صوف، والغزل فى يد أحدهما، فأقام كل واحد منهما بينة أنه ملكه غزله، قضى بالغزل للخارج؛ لأنه بمعنى دعوى ملك المطلق؛ لأنه يثنى ويكرر.

١٦٩٤٥- وإذا وقع الدعوى فى حلى مصوّغ، فهو بمنزلة دعوى ملك المطلق؛ لأن الصياغة مما يتكرر، وإذا كانت الدار فى يدى رجل أقام رجل آخر بينة أنها دار جده، اختطها وساق الميراث حتى انتهى إليه، وأقام صاحب اليد ببينة بمثل ذلك، فإنه يقضى بالدار للمدعى؛ لأن كل واحد منهما ادعى أوّلية الملك بالاختطاط، والاختطاط مما يتكرر؛ لأن الاختطاط قسمة الإمام عند الفتح يخط لكل واحد من الغانمين خطًّا فى موضع معلوم، ويملكه ذلك بالقسمة، فيكون خط له، وهذا قد يكون غير مرّة بأن يرتد أهلها، وتصير الدار محكومة بأنها دار الشركة لوجود شرائطها، ثم يظهر عليها المسلمون ثانيًا، فيقسمها الإمام بالخط لكل واحد منهما، كما بينا.

١٦٩٤٦- أرض فى يدى رجل، وفيها نخيل ادعى رجل أن هذه الأرض وهذه النخيل له، غرسها وأقام على ذلك بينة، وأقام صاحب اليد بينة على مثل ذلك، قضى بالأرض والنخيل للمدعى؛ لأن أصل المنازعة فى ملك الأرض، فإن النخيل بمنزلة التبع للأرض حتى يدخل فى بيع الأرض من غير ذكر، ودعواهما فى الأرض دعوى مطلق الملك، وإنهما لم يذكرا الملك الأرض سببًا، فكذا النخيل يكون دعواها دعوى مطلق الملك بطريق التبعية؛ لأن غراسة النخيل مما يتكرر، فإن النخيل يغرس، ثم يقلع ويغرس ثانيًا، فيكون دعوى الأشجار بمنزلة دعوى مطلق الملك.

١٦٩٤٧- وكذلك لو كان فى الأرض زرع، وأقام كل واحد بينة أن الأرض له، والزرع له، زرعه قضى بالأرض، والزرع للخارج؛ لما ذكرنا.

وإذا ادعى حنطة فى يدى رجل أنها له، زرعها فى أرضه، وأقام على ذلك بينة، وأقام صاحب اليد بينة بمثل ذلك، قضى للخارج؛ لأنها بمنزلة دعوى مطلق الملك.

بيانه: أن حاصل اختلافهما يرجع إلى أن زراعة أصل هذه الحنطة التى وقع فيها النزاع للخارج أو صاحب اليد، وزراعة أصل هذه الحنطة مما يتكرر، بأن يزرع ذو اليد أصل هذه الحنطة، ثم يغربل الخارج الأرض، ويجمع الحنطة، ويزرعها مرة أخرى.

وإذا ادعى دارًا فى يدى رجل أنها داره، وأنه بنى هذا البناء من ماله، وأقام على ذلك بينة، وأقام صاحب اليد بينة على مثل ذلك، قضى[1] بالدار والبناء للخارج؛ لأن

(١) هكذا فى ظ وف وم، وكان فى الأصل: "قضى للخارج؛ لأنها بمنزلة الدار والبناء للخارج".

البناء قد يكون مرة بعد مرة .

١٦٩٤٨- وإذا ادعى قبّا محشواً فى يد رجل أنه له، قطعه فى ملكه، وحشاه، وخاطه، وادعى صاحب اليد مثل ذلك، وأقاما البينة، قضى ببينة الخارج، وهذا بمنزلة دعوى الملك المطلق؛ لأن القطع والحشو والخياطة مما يثنى ويكرر. وكذلك الجبة المحشوة والفرو، وكل ما تقطع من الثياب على هذا. وإذا كانت الشاة المسلوخة فى يدى رجل ادعاها رجل آخر أنها له، ذبحها وسلخها، وأقام على ذلك بينة، وأقام صاحب اليد بينة على مثل ذلك، قضى بها للخارج؛ لأن الذبح والسلخ ليسا بسبب ملك، ألا ترى أن الغاصب لا يملك به، وإذا لم يكن هذا سبب ملك صار ذكره وعدمه بمنزلة، وكأنهما ادعيا ملكًا مطلقًا، وادعيا إحداث تصرف فى ملكها.

وكذلك إذا ادعيا لحمًا مشويًا أو سمكًا مشويًا فى يدى رجل أنه له، شواه فى ملكه، وادعى صاحب اليد بمثل ذلك، وأقاما البينة، قضى للخارج. أما على ما رواه هشام عن محمد: أن من غصب من آخر لحمًا شواه، لا ينقطع حق المالك، فالشواء ليس بسبب ملك، وصار ذكره والعدم بمنزلة، وعلى ما ذكره فى ظاهر الرواية: أن حق المالك ينقطع بالشيء؛ لأن الشواء وإن كان سبب ملك، وهى يثنى ولا يكرر، فالسلخ إن كان لا يثنى، فهو ليس سبب ملك، وكذلك إذا وقع الدعوى فى المصحف، وأقام كل واحد منهما البينة أنه له، كتبه فى ملكه، قضى للخارج. وذكر شيخ الإسلام فى شرح كتاب الغصب: أن من غصب كاغذة، وكتب عليها ينقطع حق المالك عنها، وذكر القاضى الإمام ركن الإسلام على السعدى: أنه لا ينقطع حق المالك عنها عند بعض المشايخ، وعند بعضهم: ينقطع، وقال رحمه الله: والصحيح أنه ينقطع، فعلى قول من قال: لا ينقطع لم يدّع كل واحد منهما سبب ملك، فصار ذكره ولا ذكره سواء. وعلى قول من قال: ينقطع حق المالك إن ادعيا سبب ملك إلا أنه يثنى ويكرر.

١٦٩٤٩- ولو ادعى ثوبًا فى يدى رجل أنه ملكه، نسجه هو، وأقام عليه البينة، وأقام صاحب اليد بينة على مثل ذلك، فهذه المسألة على وجوه: إن كان يعلم قطعًا ويقينًا أن هذا الثوب وهذا النصل ينسج ويضرب مرة بعد مرة، فإنه يقضى ببينة الخارج، وهو بمنزلة دعوى الملك المطلق؛ لأنه فى الفصل الأول ادعى أولية الملك بسبب لا يحتمل

التملك على ذى اليد بذلك السبب ؛ لأن الثوب الذى لا ينسج إلا مرة إذا صار لذى اليد بنسجه ، لا يتصور أن يصير للخارج بنسجه ، فيكون فى معنى دعوى النتاج ، وفى الفصل الثانى ادعى أوّلية الملك بسبب يحتمل التملك على ذى اليد به ؛ لأن الثوب الذى ينسج مرة بعد مرة يجوز أن يصير لذى اليد بالنسج ، ثم يقبضه الخارج منه ، وينقضه ، وينسجه مرة أخرى ، فيصير ملكًا بهذا السبب بعد ما كان لذى اليد ، وكان بمعنى دعوى الملك المطلق من هذا الوجه .

وإن أشكل على القاضى ذلك سأل أهل العلم عن ذلك ، يريد به العدول منهم ، ويبنى الحكم على قولهم الواحد منهم يكفى ، والاثنان أحوط . وإن اختلف أهل العلم بذلك فيما بينهم حتى بقى مشكلا ، ففيه روايتان ، فى رواية : يقضى للخارج كما فى دعوى الملك المطلق .

١٦٩٥٠ - وإذا وقع الدعوى فى كوز أو طشت من صفر ، أو إناء من حديد ، أو صفر ، أو شبه ، وادعى كل واحد أنه له صنعه فى ملكه ، فهذا ومسألة السيف التى ذكرناها على السواء .

وإن كان فى يدى رجل حمام أو دجاج أو طير مما يفرخ ، أقام رجل بينة أنه له ، فرخ فى ملكه ، وأقام صاحب اليد بينة على مثل ذلك ، قضى لصاحب اليد ؛ لأن التفريخ فى الطيور بمنزلة النتاج فى الدواب .

١٦٩٥١ - وإذا ادعى لبنًا فى يدى رجل أنه له ، ضربه فى ملكه ، وأقام عليه البينة ، وأقام صاحب اليد بينة على مثل ذلك ، قضى للخارج ؛ لأنه مما يعاد ويكرر ، فكان بمنزلة دعوى النتاج .

وإذا اختلفا فى جبن ، وأقام كل واحد منهما البينة أنه له ، صنعه فى ملكه ، قضى لصاحب اليد ؛ لأنه بمنزلة دعوى النتاج ؛ لأنه مما لا يعاد ولا يكرر . ولو أقام كل واحد منهما بينة أن اللبن الذى صنع منه هذا الجبن كان له ، يقضى به للخارج ؛ لأن أصل المنازعة فى اللبن ، وبينة كل واحد منهما فى اللبن قامت على الملك المطلق ، ولو أقام كل واحد منهما البينة [أن اللبن حلب من شاته ، وفى ملكه ، وصنع منه الجبن ، فإنه يقضى بالجبن لذى اليد ؛ لأن الحلب فى اللبن لا يتكرر ، فكان بمعنى دعوى النتاج .

ولو أقام كل واحد منهما البينة](١) أن الشاة التى حلب منها اللبن الذى صنع منه هذا الجبن [ملكه، قضى به للمدعى؛ لأن المنازعة ههنا فى الشاة، وبينة كل واحد منهما قامت على الملك المطلق.

ولو أقام كل واحد منهما بينة أن الشاة التى حلب منها اللبن للذى(٢) صنع منه هذا الجبن](٣) ولدت من شاته، قضى بالجبن لذى اليد؛ لأن كل واحد من البينتين قامت على النتاج فى الشاة التى وقعت المنازعة فيها.

١٦٩٥٢- وإذا كانت شاة مسلوخة فى يدى رجل، وسقطها وجلدها ورأسها فى يدى آخر، فأقام الذى الشاة فى يديه أن الشاة والجلد والرأس والسقط له، وأقام الذى فى يديه الرأس والسقط والجلد بمثل ذلك، قضى لكل واحد منهما بما فى يد صاحبه؛ لأن كل واحد منهما ادعى ملكًا مطلقًا فيما فى يده، وفيما فى يد صاحبه، وكل واحد منهما خارج عما(٤) فى يد صاحبه، وبينة الخارج فى دعوى الملك المطلق أولى.

ولو أقام كل واحد منهما بينة أن الشاة التى هذا رأسها وهذا سقطها نتجت عنده على ملكه، وأنه ذبحها وسلخها وله جلدها ورأسها وسقطها، يقضى بالكل للذى الشاة فى يديه؛ لأنهما أثبتا النتاج فى ملك الشاة، وأحدهما ذو اليد، فيكون ذو اليد أولى بها، وإذا صار ذو اليد أولى بالشاة صار أولى بالجلد والرأس والسقط لكون هذه الأشياء تابعة للشاة، فقد جعل السقط أصلا فى دعوى الملك المطلق على ما مر، وجعله تبعًا فى دعوى النتاج، فكان ذلك من باب العمل بالشبهين؛ لأن السقط أصل من وجه، فعمل بالشبهين، فجعله أصلا فى دعوى الملك المطلق، وجعله تبعًا فى دعوى النتاج.

قال فى "المنتقى": والصوف وورق الشجر وثمرة الشجر بمنزلة النتاج، وغصن الشجر والحنطة ليس بمنزلة النتاج، حتى لو أقام المدعى بينة أن هذا الصوف صوف شاته، وهذه الثمرة وهذا الورق من شجره، وهذا الغصن من نخله، وهذه الحنطة من حنطة

---

(١) ما بين القوسين فى ظ وم فقط.

(٢) وفى م: "الذى".

(٣) ما بين القوسين فى ظ و م فقط.

(٤)

بذرها فى أرضه، وأقام صاحب اليد البينة على مثل ذلك، ففى الغصن والحنطة يقضى للمدعى، وفى الصوف والثمر والورق يقضى لصاحب اليد.

ومما يتصل بهذا الفصل:

١٦٩٥٣- إذا أقام الرجل بينة على ثوب فى يدى رجل أنه نسجه، ولم يشهدوا أنه له، أو ادعى دابة فى يدى رجل أنها نتجت عنده، ولم يشهدوا أنها له، أو ادعى أمة فى يدى رجل أنها ولدت عنده، ولم يشهدوا أنها أمته، فإنه لا يقضى للمدعى فى هذه المسائل؛ لأن شهوده لم يشهدوا بالملك له لا نصًا، وإنه ظاهر، ولا مقتضى شهادتهم بالولادة والنسج؛ لأن الإنسان قد ينسج غزل غيره بأمره بأجرٍ أو إعانة، وقد تلد أمة الإنسان عند غيره.

وكذلك فى فصل الأمة إذا شهدوا أنها ابنة أمة المدعى، لا يقضى بها للمدعى؛ لأنهم لم يشهدوا بالملك للمدعى فيها، لا نصًا، وإنه ظاهر، ولا مقتضى شهادتهم أنها ابنة أمته، إذ ليس من ضرورة كونها ابنة أمته أن يكون ملكًا له، فإن المولى إذا استولد أمة نفسه، وولدت بنتًا، فهذه ابنة أمته، وليست بمملوكة له.

وكذلك الأمة إذا زوّجت نفسها بغير إذن مولاها على أنها حرة، فولدت بنتًا، فهذه ابنة أمة هذا الرجل، وليست بمملوكة له، وكذلك الرجل إذا باع ابنة أمته من إنسان، فهذه ابنة أمة البائع بعد البيع، وليست بمملوكة له. فرق بين هذه المسألة وبين ما إذا شهد الشهود أن هذا العبد ولدته أمة هذا المدعى، فإن هناك يقضى بالعبد للمدعى.

والفرق: أن فى مسألة العبد الشهود شهدوا بملكية الولد حيث قالوا: هذا العبد، وشهدوا بملكية أمه للمدعى وقت الولادة والأمة المملوكة للإنسان لا تلد ولدًا مملوكًا لغير المالك، فإنهم شهدوا بملكية الولد للمدعى، أما فى مسألة البنت ما شهدوا على ملكية البنت؛ لأنهم شهدوا أنها بنت أمته، وليس من ضرورة كونها ابنة الأمة أن تكون مملوكة أصلا، لجواز أنها علقت حرة الأصل. فالحاصل أن الشهادة بولادة العبد والأمة من أمة إنسان شهادة بملك العبد والأمة لمولى الأمة، والشهادة بولادة الابن والابنة من أمة إنسان ليست بشهادة بملك الابن والبنت لمولى الأمة.

١٦٩٥٤- ولو شهدوا على ثوب فى يدى رجل، أنه غزل من قطن فلان، ونسج منه، فإنه لايقضى بالثوب لفلان؛ لأنهم لم يشهدوا بالملك لفلان، فقد يغزل القطن وينسج ولا يكون المنسوج ملكًا لصاحب القطن بأن غزل ونسج بغير أمره، هكذا ذكر فى "الأصل"، وذكر بعد هذه المسألة مسائل:

١٦٩٥٥- منها: إذا شهدوا أن فلانًا غزل هذا الثوب من قطن فلان، وهو يملك القطن ونسج الثوب، هل للمدعى أن يأخذ الثوب؟ وجعله على وجهين: إما أن يدعى المدعى الأمر بالغزل والنسج أو ينكر، فإن كان ينكر لا يكون له أخذ الثوب، ولكنه يضمنه قطنًا مثل قطنه؛ لأنه ثبت ملك القطن للمدعى بهذه الشهادة، وثبت غزل ذى اليد ذلك القطن ونسجه، ولم يثبت أمر المدعى بذلك، فكان الغزل والنسج بغير أمر المدعى، وهذا مما يقطع ملكه عن العين، فلايكون للمدعى حق الأخذ، ولكن له أن يضمنه قطنًا مثل قطنه، وإن ادعى الإذن، فالقول قوله مع اليمين، وله أن يأخذ الثوب.

١٦٩٥٦- ولو شهدوا أن هذه الحنطة من زرع حصد من أرض فلان، لا يقضى لصاحب الأرض بملك الحنطة باتفاق الروايات؛ لأنهم لم يشهدوا له بملك الحنطة، فقد يحصد من أرض إنسان ما لا يكون مملوكًا له، بأن كان الزارع غاصبًا للأرض، وهل يقضى له بأخذ الحنطة؟ فقد ذكر فى رواية أبى سليمان أنه لا يقضى، وهكذا ذكر الكرخى فى كتابه، وذكر فى رواية أبى حفص: أنه يقضى، وجه ما ذكر فى رواية أبى سليمان: أنه كما لم يثبت الملك لصاحب الأرض فى هذه الحنطة بهذه الشهادة، لم يثبت الأخذ من يده بهذه الشهادة؛ لأن الشهود لم يعيّنوا الأخذ، وكان المشهود عليه بالأخذ مجهولا، وجهالة المشهود عليه توجب بطلان الشهادة.

وجه ما ذكر فى رواية أبى حفص: أنهم شهدوا بالأخذ من يده؛ لأن الحصاد أخذ وقد شهدوا بالحصاد من أرضه، وأرضه فى يده، فكأنهم شهدوا بالأخذ من يده قوله: بأن المشهود عليه بالأخذ مجهول. قلنا: لا، بل هو معيّن، ولكن اقتضاء لا نصًا؛ لأن المأخوذ فى يده، فيكون هو الأخذ. قالوا: وما ذكر فى رواية أبى سليمان أصح؛ لأنه ليس من ضرورة كون المأخوذ فى يده أن يكون هو الآخذ، لجواز أن يكون الآخذ غير ذى اليد، وقد أودعه صاحب اليد، وصاحب اليد لم يحوّله عن موضعه حتى لم يصر

غاصبًا .

قال شيخ الإسلام رحمه الله : إذا شهدوا أن هذا الشيء أخذ من يد هذا المدعى ، ولم يعيّنوا الأخذ ، يجب أن تكون المسألة على الروايتين أيضًا على رواية أبى سليمان لا يقضى بالأخذ من المدعى ، وعلى رواية أبى حفص يقضى .

قال : وهذا بخلاف ما لو شهدوا أن هذا الثوب غزل من قطن فلان ، ونسج حيث لايكون لفلان أن يأخذ الثوب باتفاق الروايات ؛ لأن هناك أخذ المنسوج من يده إنما يثبت أخذ القطن ، وهو يريد أخذ المنسوج ، ولم يثبت أخذ المنسوج من يده ، وإذا شهدوا أن هذا الثمن أخذ من نخيل هذا المدعى ، قضى بالتمر للمدعى ؛ لأن الشهادة بأخذ التمر من نخيله شهادة بملك التمر له ؛ لأن ما يكون على نخيل إنسان من التمر يكون ملكًا له ، إلا أن يملكه من غيره ، بخلاف الحنطة التى فى أرض إنسان ؛ لأن الحنطة التى فى أرض إنسان قد يكون ملكًا لغير صاحب الأرض . وإذا شهدوا أن هذه الحنطة التى من زرع كان فى أرض فلان ، وهذا الزبيب من كرم كان فى أرض فلان ، لا يقضى بالحنطة والزبيب لفلان .

فرق بين هذه المسائل ، وبينما إذا شهدوا أن هذه الحنطة من زرع فلان ، هذا التمر من نخيل فلان ، هذا الزبيب من كرم فلان ، فإنه يقضى بذلك لفلان . والفرق : أن فى الفصول الأخر إن لم يشهدوا لفلان بملك هذه الأشياء نصًا ، فقد شهدوا له بملك هذه الأشياء اقتضاءً ؛ لأنهم أضافوا أصل هذه الأشياء إليه ، فإنهم قالوا : من كرمه من نخيله من زرعه ، والشهادة بملك الأصل شهادة بملك ما يحدث منه ، أما فى الفصول الأول فما شهدوا بملك هذه الأشياء لفلان ، لا نصًا ولا اقتضاءً ؛ لأنهم ما أضافوا مثل هذه الأشياء إليه ، بل شهدوا أنه كان فى أرضه ، وقد يكون فى أرض فلان زرع غيره ، ونخيل غيره ، فلهذا افترقا ، ولو شهدوا على إقرار ذى أن هذه الحنطة من زرع كان فى أرض فلان ، قضى بالحنطة لفلان .

فرق بين هذا وبينما إذا شهدوا أن هذه الحنطة من زرع كان فى ملكه . والفرق أن فى إقراره بيان أنه كان فى يده قبل هذا ، فكأنه قال : كان فى يده أمس ، وهناك يؤمر

بالرد عليه، وفى الشهادة أيضًا بيان أنه كان فى يده قبل هذا، إلا أن[1] الشهود لو شهدوا أنه كان فى يد هذا أمس، لا تقبل الشهادة عند أبى حنيفة ومحمد، ولو شهدوا على جلد أو صوف أو لحم فى يدى رجل أنه صوف شاة هذا المدعى، لحم شاة هذا المدعى، جلد شاة هذا المدعى، لا يقضى به للمدعى.

١٦٩٥٧- فرق بين هذه المسائل وبينما إذا شهدوا أن هذه الحنطة من زرع فلان، هذا التمر من نخيل فلان، وهذا الزبيب من كرم فلان، فإن فى هذه الفصول يقضى بهذه الأشياء للمدعى، قال عيسى بن أبان رحمه الله: كان ينبغى أن يقضى للمدعى فى جميع الفصول أولا يقضى له فى جميع هذه الفصول. فأما الفرق فلا وجه إليه، وتابعه فى ذلك بعض المشايخ، وبعض مشايخنا قالوا: إنما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع فى بعض المواضع، وضع المسألة بحرف من[2]، وإنه للتبعيض، فقد جعلوا المدعى به بعض ملك المدعى، وبعض ملك الإنسان ملكه، فقد شهدوا للمدعى بملكية المدعى به، فقضى له به، وفى بعض المواضع لم يذكروا حرف من، فلم يجعلوا المشهود به بعض ملك المدعى إنما نسبوه إلى ملكه حيث قالوا: جلد شاته صوف شاته، وليس من ضرورة كون الشيء منسوبًا إلى ملك الغير أن يكون مملوكًا لذلك الغير، فلم يشهدوا للمدعى بملكية المدعى به، فلا يقضى له به، وهذا القائل يقول: لو ذكروا حرف "من" فى المسائل كلها لكان لا يقضى للمدعى فى المسائل كلها، وإلى هذا ذهب شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله، ومن المشايخ من قال: لا، بل بين هذه المسائل فرق، وإليه مال شيخ الإسلام المعروف بـ"خواهرزاده".

والفرق: أن فى مسألة الحنطة وأخواتها شهدوا بملك هذه الأشياء للمدعى؛ لأنهم شهدوا له بملك النخيل والكرم مطلقًا، وهذه الأشياء من توابع النخيل والكرم لا محالة؛ لأنها متولدة من النخيل والكرم، والشهادة بملك مطلق فى الأصل شهادة بملك توابعه، فأما الجلد والرأس تبع للشاة من وجه، وأصل من وجه، تبع من حيث إنها من أوصاف الشاة، وأصل من حيث إنها تقوم بعد المزايلة بنفسها، وكذلك لم يحدث هذه الأشياء

---

(١) هكذا فى ظ وم، وكان فى الأصل وف: "لأن" مكان: "إلا أن".

(٢) هكذا فى ظ وف م، و؛ان فى الأصل: "من مسألة".

من الشاة، بل كان حدوثها مع الشاة معًا، فبهذا الاعتبار يكون أصلا، والشهادة بملك أحد الأصلين لا يكون شهادة بملك الأصل الآخر إن كانت الشهادة بملك الأصل شهادة بملك التبع، فلا تثبت الشهادة بملكية هذه الأشياء مع الاحتمال.

١٦٩٥٨- ولو شهدوا على دقيق فى يدى رجل أنه طحن هذا الدقيق من حنطة هذا المدعى، لايقضى بالدقيق للمدعى. والجواب فيه كالجواب فيما إذا شهدوا أنه غزل هذا الثوب من قطن فلان، ونسج منه بسواء[1]، ولو شهدوا على دجاجة فى يدى رجل أن البيضة التى خرجت منها هذه الدجاجة كانت للمدعى، ولم يشهدوا أن هذه الدجاجة ملك المدعى، فالقاضى لايقضى بالدجاجة للمدعى، إذ ليس من ضرورة كون البيضة مملوكة لإنسان أن تكون الدجاجة الخارجة منها ملكًا له، فإنه إذا غصبها غاصب، وخرج منها دجاجة، فالدجاجة تكون للغاصب، ولا يكون لصاحب البيضة كحنطة غصبها غاصب، وزرعها، فإن الحَبّ الذى يحصل يكون للغاصب، كذا هنا، ولكن يقضى للمدعى على صاحب اليد ببيضة مثلها إذا أقر صاحب اليد أنه فرخها.

١٦٩٥٩- فرق بين هذه المسألة، وبينما إذا شهدوا على جارية أو شاة، وقالوا: الأمة خرج منها هذه الجارية، والشاة التى خرجت منها، هذه الشاة ملك المدعى، فإنه يقضى بالجارية والشاة للمدعى. والفرق أن كون الأمة، وكون الشاة مملوكة لإنسان ملكًا مطلقًا يوجب حدوث الولد على ملكه لا محالة، سواء كانت الولادة فى يده أو فى يد الغاصب إذا لم يوجد من المالك تمليك الولد، ولم يظهر ههنا تمليك الولد من صاحب اليد، فكانت الشهادة بملكية الأمة والشاة مطلقًا شهادة بملك الولد، أما كون البيضة مملوكة لإنسان ملكًا مطلقًا لا يوجب حدوث الدجاجة الخارجة على ملك صاحب البيضة، فلم تكن الشهادة بكون البيضة مملوكة للمدعى شهادة بكون الدجاجة الخارجة منها ملكًا للمدعى.

قال: ثوب مصبوغ بالعُصفر فى يدى رجل شهد الشهود أن هذا العصفر الذى فى هذه الثوب لهذا المدعى صبغ هذا الثوب به، ورب الصبغ يدعى على رب الثوب أنه هو الذى صبغه، ورب الثوب يجحد ذلك، فالقول قول رب الثوب؛ لأن رب العصفر

---

(١) هكذا فى ظ وكان فى الأصل وف وم: "سواء".

يدعى عليه ضمان عصفره، ورب الثوب ينكر، وليس فى شهادة هؤلاء ما يوجب ذلك، فإن ثوب الإنسان إذا هبّت به الريح، وألقته فى صبغ إنسان، فرب الثوب لا يضمن الصبغ، ولكن يقوم الثوب أبيض، ويقوّم مصبوغا، فإن شاء رب الثوب ضمن لرب العصفر ما زاد العصفر فيه، ولا يباع الثوب، ويضرب[1] صاحب الثوب فى الثمن بقيمة ثوبه أبيض، ويضرب صاحب الصبغ بما زاد العصفر فيه.

١٦٩٦٠- قال هشام: قال محمد: سمعت أبا يوسف يقول: إذا كان فى يدى رجل أمة وابنة هذه فى يد آخر، جاء رجل، وأقام البينة أن هذه أمته، وأخذها منه، لم يكن له على الابنة سبيل. ولو أقام البينة على نخل فى يدى رجل أنه نخله وثمرة هذا النخيل فى يدى الرجل الآخر أخذ الثمرة والنخيل، ولا يشبه الثمر الولد، ألا ترى أنه لو أوصى بغلة نخلة عشر سنين جاز، ولو أوصى بما تصبغ[2] ثيابه عشر سنين لا يجوز.

وقال هشام أيضًا: سألت محمدًا عن أرض مزرعة حنطة أقام آخر بينة أن الأرض له، وقالت البينة، لا ندرى لمن الزرع؟ قال: إذا لم يعلم الزارع فالزرع تبع الأرض، قلت: فإن أقام الذى فى يديه الأرض بينة أنه هو الذى زرع، أيجعل له الزرع؟ قال: نعم، قلت: فإن كان الزرع محصودًا أو كدسًا، والشهود لم يشهدوا بالزرع لأحد[3] قال: الزرع لمن فى يديه الأرض.

(١) هكذا فى ظ وف، وكان فى م: "فيصرف" وفى الأصل: "فيصير"

(٢) هكذا فى الأصل وم وف، وكان فى ظ بما تضبغ ثياته".

(٣) ما بين المعقوفتين ساقط من "مظ"، وأثبتناه فى الأصل.

[الفصل الرابع عشر
فى دعوى الحائط][1]

١٦٩٦١- يجب أن يعلم أن الحائط المتنازع فيه لا يخلو إما أن لا يكون متصلا ببناءهما، ولكن يكون بين داريهما، أو يكون متصلا ببناءهما، أو يكون متصلا ببناء أحدهما، والاتصال نوعان، اتصال تربيع واتصال مجاورة وملازقة، ولا يخلو إما أن لا يكون لهما عليه شيء من الجذوع والهرادى، أو كان لهما عليه جذوع، أو كان لهما عليه هرادى، أو كان لأحدهما عليه جذوع، وللآخر هرادى، فإن لم يكن الحائط متصلا ببناءهما، ولم يكن لهما عليه شيء من الجذوع وغيره، فإنه يقضى بالحائط بينهما، هكذا ذكر فى "الأصل"، وإنما كان كذلك؛ لأنهما استويا فى الدعوى، وليس ثمة من يتنازعهما فيه، وليس أحدهما بأولى من الآخر، فيقضى بينهما، ومعنى قوله: يقضى بينهما أنه إذا عرف كونه فى أيديهما يقضى بينهما قضاء ترك على ما كان، وإن لم يعرف كونه فى أيديهما، وادعى كل واحد منهما أنه ملكه، وفى يديه يجعل فى أيديهما؛ لأنه لا منازع لهما فيه، لا أنه يقضى بينهما.

هذا كدار ادعاها رجلان يدعى كل واحد منهما أنه ملكه وفى يديه، فإن لم يعرف أنها فى أيديهما يجعل فى أيديهما؛ لأنه لا منازع لهما فيها، لا أنه يقضى بينهما، وإن عرف أنها فى أيديهما يجعل فى أيديهما على ما كان، كذا ههنا. وكذلك إن كان لأحدهما عليه هرادى أو بوارى، ولا شيء للآخر عليه، يقضى بينهما؛ لأن بوضع الهرادى لا يثبت على الحائط يد استعمال؛ لأن الحائط إنما يبنى للسقف، وذلك بوضع الجذوع عليه، لا بوضع البوارى والهرادى؛ لأن السقف على الهرادى والبوارى لا يمكن، وإنما يوضع الهرادى والبوارى للاستظلال، والحائط لا يبنى للاستظلال، وهو نظير ما لو كان لأحدهما على الحائط ثوب مبسوط، ولا شيء للآخر، وهناك يقضى بالحائط بينهما؛ لأن صاحب الثوب غير مستعمل للحائط بالطريق الذى قلنا، كذا هنا.

---

(١) ما بين المعقوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه فى "مظ".

١٦٩٦٢- وإن كان لأحدهما عليه جذوع، ولا شيء للآخر، فإنه يقضى به لصاحب الجذوع؛ لأن لصاحب الجذوع يداً مستعملة، وللآخر مجرد استعمال، فيكون صاحب اليد المستعملة أولى، كدابة تنازع فيها اثنان، أحدهما راكب والآخر آخذ بلجامه، فالراكب أولى. وكذلك إذا كان لأحد عليها حمل وللآخر مخلاة، فصاحب الحمولة أولى؛ لأن له يد مستعملة، وليس للآخر إلا مجرد يد بلا استعمال، وكثوب تنازع فيه اثنان، وأحدهما لابسه، والآخر متعلق بطرف منه، كان اللابس أولى، فكذلك هذا.

وإنما اعتبر الاستعمال ترجيحًا إذا استويا في اليد؛ لأن للاستعمال زيادة دليل على الصدق ليس من جنس اليد، فيصلح للترجيح كيد ذي اليد في دعوى النتاج والشراء من ثالث، فإن بينة ذي اليد ترجح باليد؛ لأن اليد دليل زائد على الصدق، أنه من خلاف جنس البينة، فصلح لترجيح إحدى البينتين، فكذا الاستعمال دليل زائد على الصدق؛ لأن الظاهر أن الاستعمال إنما يكون من المالك، كما أن الظاهر أن اليد تكون للمالك لا لغيره، وإنه ليس من جنس اليد؛ لأن الاستعمال انتفاع بعد ثبوت اليد، فكان جنساً آخر سوى اليد، فيصلح للترجيح. وكذلك إذا كان للآخر عليه هرادي؛ لأن الهرادي ليس باستعمال للحائط على ما بيّنا، فيكون وجوده وعدمه بمنزلة.

وإن كان لأحدهما عليه جذوع وللآخر عليه حائط سترة، فالحائط الأسفل لصاحب الجذوع لكونه مستعملا بوضع حمل مقصود عليه، ولصاحب السترة السترة على حالها بمنزلة سفل لأحدهما، وعليه علو الآخر، وإن كان لأحدهما عليه سترة، وللآخر عليه هرادي، فالحائط لصاحب السترة، فأما إذا كان لأحدهما جذع واحد، ولا شيء للآخر، أو للآخر عليه هرادي، هل يقضى لصاحب الجذع الواحد؟ لم يذكر محمد رحمه الله هذا في ظاهر الرواية، وقال بعض مشايخنا: إنه لا يقضى لصاحب الجذع الواحد؛ لأن الحائط لا يبنى بوضع جذع واحد، وكان كما إذا كان عليه هرادي، وروى ابن سماعة عن محمد: أنه يقضى لصاحب الجذع الواحد، وذلك لأن لصاحب الجذع مع اليد نوع استعمال؛ لأن وضع الجذوع استعمال للحائط حتى قضينا لصاحب الجذوع، فيكون وضع جذع واحد استعمالا للحائط بقدره، وليس للآخر ذلك، فيكون صاحب الجذع الواحد أولى بسبب الاستعمال، كما يكون أولى، لو كان له جذوع، ولا

شيء للآخر، أو كان للآخر عليه هرادى وبوادى.

هذا إذا لم يكن الحائط المتنازع فيه متصلا ببناءهما، وأما إذا كان الحائط المتنازع فيه متصلا ببناءهما إن كان اتصالهما جميعًا اتصال تربيع، أو اتصال ملازقة، فإنه يقضى بينهما نصفان؛ لأنهما استويا فى الدعوى والاتصال بالأرض والبناء جميعًا، فيقضى بينهما نصفان، وأما إذا كان اتصال أحدهما اتصال تربيع، واتصال الآخر اتصال ملازقة، فصاحب التربيع أولى؛ لأن صاحب التربيع مستعمل للحائط المتنازع فيه؛ لأن قوام الحائط بقدر التربيع بالحائط المتنازع فيه؛ لأن تفسير التربيع إذا كان الحائط من مدر أو آجرّ أن يكون أنصاف لبن الحائط المتنازع فيه داخلا فى أنصاف لبن الغير المتنازع فيه، وأنصاف لبن غير المتنازع داخلا فى المتنازع فيه، وإن كان الجدار من خشب، فالتربيع أن يكون ساجة أحدهما مركبة فى الأخرى، فأما إذا نقب وأدخل لا يكون تربيعًا، فإذا كان تفسير التربيع هذا كان لصاحب التربيع مع الاتصال نوع استعمال، وللآخر مجرد اتصال من غير استعمال، فيكون صاحب الاتصال أولى، وكان بمنزلة الراكب على الدابة، والمتعلق باللجام، فإن الراكب أولى؛ لأن له مع الاتصال استعمال، فكذلك هذا، فأما إذا كان متصلا ببناء أحدهما اتصال ملازقة، أو اتصال تربيع، وليس للآخر اتصال ولا له عليه جذوع، فإنه يقضى لصاحب الاتصال إن كان اتصال تربيع، فلا إشكال، وإن كان اتصال ملازقة فكذلك؛ لأنهما استويا فى حق الاتصال بالأرض المملوك، ولأحدهما زيادة اتصال من خلاف جنس الأول، وهو الاتصال بالبناء، فيترجح على الآخر.

وكذلك إذا كان متصلا ببناء أحدهما، وللآخر عليه هرادى، يقضى لصاحب الاتصال؛ لأن الهرادى وجوده كعدمه، وإن كان لأحدهما اتصال تربيع، وللآخر عليه جذوع، فإن كان الاتصال فى طرفى الحائط المتنازع فيه، فصاحب الاتصال أولى عليه عامة المشايخ، وهكذا روى عن أبى يوسف فى "الأمالى"، وفسر الكرخى ذلك، فقال: إن كان للحائط المتنازع فيه تداخل بجانبيه بحائطين لأحدهما، والحائطان متصلان بحائط آخر لصاحب الحائطين بمقابلة الحائط المتنازع حتى يصير مربعًا شبه القبة، فحينئذٍ يكون الكل فى حكم بناء واحد، فصاحب هذا الاتصال أولى على ما ذكره الكرخى، وعن أبى يوسف رحمه الله: أن المعتبر اتصال جانبى الحائط المتنازع فيه بحائطين

لأحدهما، أما اتصال الحائطين بحائط آخر له غير معتبر، وإن [كان][1] لو وجد تأكد به.
قال شمس الأئمة السرخسى: عليه عامة المشايخ، فقد ترجح صاحب الاتصال على صاحب الجذوع، وإن كان لكل واحد منهما على الحائط يد استعمال؛ لأن الاستعمال بالتربيع سابق على الاستعمال بالجذوع؛ لأن التربيع يكون حالة البناء، وحالة البناء يكون سابقًا على وضع الجذوع، فالاستعمال بالتربيع يكون سابقًا على الاستعمال بوضع الجذوع، وكان صاحب الاتصال أولى، لهذا إلا أنه لا يرفع جذوع الآخر، بخلاف ما لو أقام صاحب التربيع بينة على أن الحائط له، فإنه يرفع جذوع الآخر.

والفرق: وهو أن البينة حجة مطلقة تظهر فى حق الدافع والإبطال والاستحقاق على الغير، ألا ترى أن الملك الثابت بالبينة، كما صلح للدفع صلح لاستحقاق الشفعة على الغير، فأما اتصال التربيع فهو نوع ظاهر، فالملك الثابت به ثابت بنوع ظاهر، والظاهر يصلح للدفع، ولا يصلح لإبطال حق صاحب الجذوع.

١٦٩٦٣- وإن كان الاتصال فى طرف واحد، ذكر شيخ الإسلام أن صاحب الاتصال أولى، وبه أخذ الطحاوى والشيخ الفقيه عبد الله المرشدى، وذكر شمس الأئمة السرخسى رحمه الله: أن صاحب الجذوع أولى، وإن كان فى إغطاء[2] الحائط المتنازع فيه عود مركب على عود هو على حائط أحدهما خاصة، وللآخر عليه جذوع، فأيهما أولى، اختلف المشايخ رحمهم الله فيه، ولو كان لأحدهما اتصال ملازقة ولآخر عليه جذوع، فصاحب الجذوع أولى؛ لأن صاحب الجذوع مستعمل للحائط بجذوعه، وللآخر مجرد اتصال.

١٦٩٦٤- وإذا كان لأحدهما على الحائط عشر خشبات، وللآخر ثلاث خشبات فصاعدًا إلى العشرة، فالحائط بينهما؛ لأنهما استويا فى الاستعمال الذى بنى الحائط لأجله؛ لأن الحائط بنى للتسقف[3]، والتسقف كما يحصل بالعشرة يحصل بما دون ذلك إلى الثلاث، فاستويا فى اليد أكثر ما فى الباب أن لصاحب العشرة زيادة استعمال؛ لأن

---

(١) زيد من ف.

(٢) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وف: "إعطاء".

(٣) وفى م: "التسقيف".

الجنس واحد، والترجيح لايثبت بالزيادة فى الجنس الواحد، فلهذا يقضى بينهما، هذا هو جواب ظاهر الرواية، وعن أبى يوسف فى "الأمالى": أن أباحنيفة كان يقول أولا كما هو ظاهر الرواية، ثم رجع، وقال: يقضى لكل واحد منهما بما تحت خشبة فى يده، وصاحبه خارج فيه، والقول قول صاحب اليد، والباقى بينهما لاستواءهما فيه. وعن أبى يوسف أنه كان يقول أولا فيما إذا كان لأحدهما عليه عشرة خشبات، وللآخر ثلاثة، كما هو ظاهر الرواية، ثم رجع وقال: يقضى بالحائط كله لصاحب العشر؛ لأن يد الاستعمال أقوى، إلا أنه لا يؤمر الآخر برفع الجذوع، والصحيح ما ذكر فى ظاهر الرواية.

١٦٩٦٥- ولو كان لأحدهما عليه عشرة خشبات إلى الثلاث، وللآخر عليه ما دون الثلاث خشبة أو خشبتان، فالحائط لصاحب الثلاث فصاعدًا إلى العشرة، ولصاحب ما دون الثلاث موضع جذوعه، هكذا ذكر فى بعض المواضع، وذكر فى بعض المواضع: ولصاحب ما دون الثلاث موضع جذعه مع أصل الحائط، ومعناه أنه يقضى بملك الحائط بينهما على قدر جذوعهما، لا أنه يقضى بملك الحائط لصاحب العشرة، وللآخر مجرد حق الوضع، إذ لو كان المراد ذلك لكان يقال: الحائط لصاحب العشرة، وللآخر حق وضع الجذع، فلما قال: وللآخر موضع جذعه مع أصل الحائط، علمنا أنه أراد به أن الحائط بينهما على عدد اجذاعهما، حتى إنه إذا كان لأحدهما عشر جذوع، وللآخر جذع واحد، يقضى بينهما على أحد عشر سهمًا، وهذا قول أبى حنيفة، رواه بشر عن أبى يوسف عن أبى حنيفة، وهو قول أبى يوسف، وكان ينبغى فى القياس أن يقضى بينهما، هكذا ذكر الكرخى فى "مختصره".

١٦٩٦٦- قال فى "النوازل": وكان أبو حنيفة وأبو يوسف يقولان: بالقياس أولا، ثم رجعا عنه، وذكر الحاكم الشهيد فى "مختصره" فى كتاب الدعوى أنه إذا كان لأحدهما عليه عشرة خشبات، وللآخر عليه خشبة واحدة، وذكر فى كتاب الصلح: أن لكل واحد منهما ما تحت خشبة، ولا يقضى بينهما نصفان، يستحسن ذلك فى الخشبة الواحدة ونحوها، ذكر فى كتاب الصلح، وقال فى كتاب الإقرار: هو لصاحب العشرة إلا موضع الخشبة. قال القدورى: أراد بقوله فى كتاب الإقرار هو لصاحب العشرة إلا موضع الخشبة استثناء حق الوضع، يعنى لصاحب القليل حق وضع خشبته.

١٦٩٦٧- وفى "المنتقى": قال أبو يوسف: وإذا كان لأحدهما على الحائط أجذاع[1]، وللآخر عليه أكثر من ذلك، اجعله بينهما نصفان، ثم قال بعد ذلك: إذا كان لأحدهما عليه ثلاثة، وللآخر عليه عشرون، فالحائط لصاحب العشرين، ولصاحب الثلاثة موضع جذوعه، وإنما أجعله بينهما نصفين إذا تقاربت، أو كان لصاحب الأقل أكثر من نصف جذوع الآخر. وجه القياس فى التسوية بين الجذع الواحد والثلاثة فصاعداً، يقضى بينهما نصفان، أن الاستعمال بوضع الخشبة يثبت يد صاحبها على الحائط، فلا يعتبر الكثرة بعد ذلك للترجيح، كما لو تنازعا فى ثوب وعمامته فى يد أحدهما، وطرفه فى يد الآخر.

وجه رواية التسوية بين الثلاث، وما زاد عليها، وترجيح الثلاث فصاعداً على ما دون الثلاثة أن صاحب الثلاث يساوى صاحب ما زاد على الثلاث فى الاستعمال الذى بنى الحائط لأجله، وهو التسقيف، فإن التسقيف يتأتى بالثلاث، كما يتأتى بما زاد على الثلاث، وأما صاحب الواحد لا يساوى صاحب الثلاث فى ذلك؛ لأن التسقيف لا يتأتى بالواحد، وإن كان يتأتى، ولكن بطريق الندرة يظهر الفرق من هذا الوجه. وفى بعض المواضع جعل الخشبات بمنزلة الثلاث، وبه أخذ بعض المشايخ؛ لأنه يمكن التسقيف بهما، كما يمكن بالثلاث، ثم على رواية كتاب الصلح إذا قضى لكل واحد منهما بما تحت خشبته إذا كان لأحدهما عليه عشرة، وللآخر عليه واحد، كيف يقضى بما بين الخشبات؟ لم يذكر هذا فى الكتاب.

وقد اختلف المشايخ فيه، بعضهم قالوا: يقضى على أحد عشر سهماً، وبعضهم قالوا: يقضى بينهما نصفان لاستواءهما فى ذلك، ألا ترى أن فى الدار التى فيها منازل، وفى يد رجل منزل منها، وفى يد آخر باقى المنازل إذا اختلفا فى الساحة، يقضى بالساحة بينهما لاستواءهما فى الساحة، كذا ههنا، وقال بعضهم بمنزلة الواحدة، إذ لا يمكن التسقف بها إلا على سبيل الندرة.

ومما يتصل بهذا الفصل:

---

(١) وفى الأصل: "جذوع".

١٦٩٦٨- قال أبو حنيفة رحمه الله فى خصّ بين رجلين والقمط إلى أحدهما، وادعى كل واحد منهما الخصّ، فإنه يقضى بالخصّ بينهما، ولا ينظر إلى القمط. وقال أبو يوسف ومحمد: يقضى بالخصّ لمن إليه القمط؛ لأن الظاهر شاهد له؛ لأن الذى يشد الخصّ يقوم وقت الشد على سطحه، فيكون القمط إليه، وعلى هذا إذا اختلفا فى حائط بينهما. ووجه البناء وأنصاف اللبن والطاقات، وقال أبو يوسف ومحمد: يقضى لمن إليه وجه البناء وأنصاف اللبن والطاقات؛ لأن الظاهر شاهد له؛ لأن الظاهر أن المالك هو الذى يجعل وجه البناء والطاقات إلى نفسه.

ولأبى حنيفة أن القمط بعض الخص، وأنصاف اللبن والطاقات بعض الحائط، والشيء لا يكون دليلا على نفسه، وما قال لا[1] يدل على الملك، أما لا يدل على الملك بالخصوص فالإنسان كما يزين وجه وجه جدار خاص يزين وجه جدار مشترك لأجل النظر والاستراحة، وكذلك فى الخصّ قد جعل القمط إلى جانب جاره ليسوى جانبه حتى نظفه، فيسقط الاحتجاج به، بقى ما ذكرنا من الدليل خاليًا عن المعارض.

---

(١) هكذا فى م، وكان فى الأصل وظ وف: "وما قالا: يدل".

الفصل الخامس عشر
فى دعوى الطرق ومسيل الماء والمجارى والناوقات

١٦٩٦٩ - قال محمد رحمه الله : رجل له باب من داره فى دار رجل، فأراد أن يمر من ذلك الباب، ومنعه صاحب الدار عن المرور فى داره، وقال : ليس لك حق المرور فى داري، وادعى صاحب الباب أن له حق المرور، فالقول قول صاحب الدار ؛ لأنه صاحب يد فى الطريق ؛ لأن الدار بجميع أجزاءها فى يده، وصاحب الباب خارج، والقول قول صاحب اليد، وعلى الخارج البينة، فإن جاء بشهود، فشهدوا أنه كان يمرّ فيها من هذا الباب، لم يستحق بذلك شيئًا، وهذا قول أبى حنيفة ومحمد ؛ لأن هذه شهادة قامت على يده على الطريق فى الزمان الماضى، فكانت شهادة بيد منقضية، والشهادة بيد منقضية باطلة عندهما، فإن شهدوا أن له طريقًا ثابتًا فيها، وسمّوا حدوده، وبينوا طوله وعرضه بالذرعان، قبلت شهادتهم، وقضى له بذلك.

وكذلك إذا لم يبينوا حدوده، ولا طوله ولا عرضه، تقبل شهادتهم، ويقضى به بقدر عرض الباب الأعظم عرضًا، وإلى السماء طولا، هكذا ذكر فى الكتاب، من المشايخ من قال : المسألة مؤوّلة، وتأويلها أنهم شهدوا على إقرار المدعى عليه أن للمدعى طريقًا ثابتًا فى هذه الدار، وأما لو شهدوا على البتات لا تقبل شهادتهم ؛ لأن مقدار الطريق يتفاوت، فهذه شهادة بالمجهول، والشهادة بالمجهول باطلة، والأصح أن هذه الشهادة مقبولة على كل حال ؛ لأن الجهالة إنما تمنع قبول الشهادة لتعذر القضاء بالمشهود به، والقضاء بالمشهود به ههنا ممكن ؛ لأن مقدار عرض الطريق حالة الاشتباه مقدّر بعرض باب الدار، ألا ترى أن الشركاء لو اختلفوا فى مقدار الطريق عرضًا يقدر بذلك.

قال الشيخ الإمام الزاهد أبو حفص الكبير : هذا إذا لم يبينوا العرض والطول ؛ لأن الشهادة بدون الطول والعرض جائز، وربما يصير بيان ذلك سببًا لرد الشهادة، وذكر أبو سليمان رحمه الله أنه إذا بيّن الطول والعرض، فذلك[1] أجوز، وقد ذكرنا شيئًا من

(١) هكذا فى ظ وم، وكان فى الأصل وف : "فكذلك".

ذلك فى الفصل الثانى من الكتاب .

١٦٩٧٠ - وكذلك لو شهدوا بأن أباه مات ، وترك طريقًا فى هذه الدار ميراثًا له ، قبلت الشهادة ، وكذلك على هذا إذا كان له باب مفتوح من داره على حائط فى زقاق ، وأنكر أهل الزقاق أن يكون له حق المرور فى زقاقهم ، فلهم منعه إلا أن تقوم له بينة على أن له طريقًا ثابتًا فيها على نحو ما ذكرنا فى الدار .

١٦٩٧١ - وإذا كان لرجل مئزاب فى دار رجل ، فأراد رب الدار أن يمنعه من أن يسيل فيه الماء ، فله منعه حتى يقيم البينة أن له حق تسييل الماء فيه ، وليس لصاحب الدار أيضًا أن يقطع المئزاب ، وهذا لأن المئزاب فى الأصل محتمل يحتمل أن يكون بحق بأن شرط فى القسمة لهذا الرجل حق تسييل الماء فى دار هذا الرجل ، ويحتمل أن يكون بغير حق ، فبالشك لا يثبت لصاحب المئزاب حق تسييل الماء ، ولا يثبت لصاحب الدار حق قطع المئزاب .

وذكر فى كتاب الشرب فى نهر فى أرض رجل يسيل فيه الماء ، واختلفا فى ذلك ، فالقول قول صاحب الماء ، إلا أن فى مسألة كتاب الشرب وضع المسألة فيما إذا كان جاريًا وقت الخصومة ، وإذا كان الماء جاريًا وقت الخصومة لا شك أنه يكون القول قول صاحب الماء ؛ لأن صاحب الماء فى هذه الحالة صاحب يد فى النهر ، فيكون القول قوله فيه ، وكان له حق تسييل الماء فيه ، إلا أن يقيم صاحب الأرض بينة أن النهر ملكه ، وكذلك إذا لم يكن جاريًا وقت الخصومة ، إلا أنه علم أنه كان يجرى إلى أرض هذا الرجل قبل ذلك ، كان القول قول صاحب الماء ، ويقضى له بالنهر ، إلا أن يقيم صاحب الأرض بينة أن النهر ملكه ، حتى إن فى مسألة النهر إذا لم يكن الماء جاريًا إلى أرض هذا الرجل وقت الخصومة ، ولم يعلم بجريانه إلى أرضه قبل ذلك ، فإنه يقضى لصاحب الأرض بالنهر إلا أن يقيم صاحب الماء بينة أن النهر ملكه ، وفى مسألة المئزاب وضع المسألة فيما إذا لم يكن الماء جاريًا وقت الخصومة ، ولا علم جريانه قبل ذلك .

وإذا كان هكذا فصاحب الماء لا يكون صاحب يد فى هذه الحالة ، فلا يقبل قوله ، وهذا بلا خلاف بين المشايخ ، فأما إذا كان الماء جاريًا فى المئزاب وقت الخصومة فقداختلف المشايخ فيه ، منهم من قال : القول قول صاحب المئزاب كما فى مسألة النهر ،

ومنهم من قال : لا يقبل قول صاحب المئزاب ، فرّق هذا القائل بين مسألة النهر وبين مسألة المئزاب ، وذكر الفقيه أبو الليث عن المتأخرين من أصحابنا أنهم استحسنوا في المئزاب إذا كان تصويب سطح صاحب المئزاب إلى موضع المئزاب ، وعلم أن التصويب قديم لم يحدثه صاحب السطح ، وعلم أن المئزاب قديم أن يجعل له حق تسييل الماء ؛ لأن الظاهر[1] شاهد له ، والقدم[2] حجة شرعية ، فإن جاء صاحب المئزاب ببينة ، فشهدوا أنهم رأوه يسيل فيه الماء ، فليست هذه الشهادة بشيء ، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ؛ لأنهم شهدوا له بيد منقضية ، وإن شهدوا أن له مسيل ماءٍ في هذا المئزاب ، فإن بيّنوا أنه لماء المطر ، أو لماء الوضوء ، أو لماء الاغتسال ، فلا شك أن هذه الشهادة مقبولة ، ويكون له ما شهدوا له به إن شهدوا أنه لماء المطر ، فهو لماء المطر ، وليس له أن يسيل فيه ماء الوضوء والاغتسال ، وإن شهدوا أنه لماء الوضوء والاغتسال ، فهو لماء الوضوء والاغتسال ، وليس له أن يسيل فيه ماء المطر ، وإن لم يبينوا شيئًا من ذلك .

ذكر في الكتاب : أن الشهادة مقبولة ، واختلف المشايخ فيه ، منهم من قال : المسألة مؤوّلة ، وتأويلها أنهم شهدوا على إقرار صاحب الدار أن له مسيل ماء في داره من هذا المئزاب ، وإذا كان هكذا لا شك أن الشهادة تقبل ؛ لأنه ثبت إقراره بالبينة ، وإقراره حجة عليه ، ويرجع في البيان إليه أنه لماء المطر ، أو لماء الوضو والاغتسال ، فأما إذا شهدوا على البتات ، ولم يبينوا شيئًا من ذلك ، لا تقبل الشهادة ؛ لأن العمل بإطلاق اللفظ هنا غير ممكن ؛ لأن ضرر ماء المطر وماء الوضوء جنسان مختلفان ؛ لأن ماء المطر يكثر ، ولا يدوم ، وماء الوضوء يقل ويدوم ، وإذا كان الضرر مختلفًا كان الجنس مختلفًا ، واللفظ الواحد لا ينتظم أمرين مختلفين كاسم القرء وأشباهه ، وإنما يتناول أحدهما ، وذلك الواحد مجهول ، فلا تقبل الشهادة .

ومن المشايخ من قال : تقبل الشهادة وإن لم يبينوا شيئًا ، واختلفوا فيما بينهم أنه إذا قبلت هذه الشهادة ماذا يثبت بعضهم ، قالوا : يثبت حق تسييل ماء المطر ، ومنهم من قال : يثبت كلا الأمرين حق تسييل ماء المطر ، وحق تسييل ماء الوضوء والاغتسال جميعًا .

---

(١) هكذا في الأصل وظ وف ، وكان في م : "حق تسييل الماء إلى الظاهر" .

(٢) هكذا في ظ وم ، وكان في الأصل وف : "والقديم" .

ومنهم من قال : يومر صاحب الدار بالبيان ؛ لأن بالشهادة يثبت حق مسيل الماء ، أما الكيفية لم تثبت ، فيومر صاحب الدار بالبيان ، فلذا قال : لماء الوضوء فهو لماء الوضوء لا غير ، وإن قال : لماء المطر فهو لماء المطر لا غير ، ويحلف على الآخر ؛ لأن هذا أمر يجرى فيه البذل والإقرار ، فيجرى فيه اليمين ، وإن شهدوا أنه مسيل ماء دائم للوضوء والاغتسال ، وماء المطر فهو جائز ، ويثبت جميع ذلك ، ولو لم يكن للمدعى بينة أصلا ، استحلف صاحب الدار ، ويقضى فيه بالنكول .

١٦٩٧٢- وفى "المنتقى" قال هشام : سألت محمدًا رحمه الله عن نهر عظيم الشرب لأهل قرى لايحصون ، حبسه قوم من أعلى النهر عن الأسفلين ، وقالوا : هو لنا وفى أيدينا ، وقال الذين فى أسفل النهر : هو لنا كله ، ولا حق لكم فيه ، قال : إذا كان النهر يجرى إلى الأسفلين يوم يختصمون ، ترك على حاله يجرى كما يجرى ، وشربهم جميعًا منه كما كان ، وليس للأعلين أن يسكروه عنهم ، وإن كان الماء منقطعًا عن الأسفلين يوم يختصمون ، ولكن علم أنه كان يجرى إلى الأسفلين فيما مضى ، وإن أهل الأعلى يحبسونه عنهم ، أو أقام أهل الأسفل بينة أن النهر كان يجرى إليهم ، وأن أهل الأعلى حبسوه عنهم ، أمر أهل الأعلى بإزالة الحبس عنهم ، وهذه المسألة دليل على أن الشهادة على يد منقضية صحيحة عند محمد .

قال هشام : قلت لمحمد : أرأيت هؤلاء الذين لا يحصون إذا ادعى بعضهم هذا النهر ، وأقام البينة أنه لقرى معلومة ، لا يحصى أهلها انقضى به لتلك القرى بدعوى هذا ، وإقامة البينة ، والمدعى عليهم لا يحصون ، وقد حضر بعضهم وفيهم الصغير والكبير ، قال محمد رحمه الله : إذا كان هذا على ما يصف ، فإنما هذا النهر بمنزلة طريق من طرق المسلمين نافذ ، فإن أقام قوم البينة أنه لهم دون غيرهم استحقوه ، وخرج من أن يكون نهرًا لجماعة المسلمين ، وصار لأهل تلك القرى خاصة ، واكتفى القاضى بواحد من المدعين ، وبواحد من المدعى عليهم ، وإن كان النهر خاصًا لقوم معروفين يخصون لم يقض عليهم بحضرة واحد منهم ، وقضى على من حضر منهم .

١٦٩٧٣- قال محمد رحمه الله فى "الأصل" : وإذا كان الدار التى يدعى فيها المسيل أو الطريق بين ورثة ، فأقر بعضهم بالمسيل والطريق ، وجحد ذلك الباقون ، لم

يكن للمقر له أن يمر فيه، ولا أن يسيل فيه الماء؛ لأن الإقرار بالطريق والمسيل من بعض الشركاء إقرار باطل؛ لأن الطريق والمسيل إنما يكون فى مكان بعينه، وإقرار أحد الشريكين بمكان بعينه من الموضع المشترك إقرار باطل؛ لأن الساكت يتضرر بهذا الإقرار زيادة ضرر؛ لأنه يحتاج إلى قسمتين، قسمة مع المقر له حتى يتميز نصيبه، وقسمة أخرى مع المقر فى هذا المكان المقر به، وعند ذلك عسى يتفرق أنصباءه، وفى ذلك ضرر له، وتصرف بعض الشركاء فى الموضع المشترك على وجه يوجب زيادة ضرر بالباقين باطل، وإذا بطل هذا الإقرار، صار وجوده وعدمه بمنزلة، ولو عدم كان الجواب كما قلنا، فهہنا كذلك، وهذا بخلاف ما لو أقر بعض الشركاء بجزء شائع من الدار المشترك بينه وبين غيره حيث يصح الإقرار؛ لأنه ليس فى هذا الإقرار زيادة ضرر على ما فى يد الشركاء؛ لأن الساكت لا يحتاج إلى القسمتين، إنما يحتاج إلى قسمة واحدة بينه وبين المقر، ثم يدخل[1] المقر له فى نصيب المقر.

وبخلاف ما لو أقر بعض الشركاء بنصيبه من الشرب، أو ببعض نصيبه، حيث يصح هذا الإقرار، وإن أقر بإجراء الماء فى مكان بعينه، وهو النهر كما فى الطريق؛ لأنه ليس فى الإقرار زيادة ضرر للساكت؛ لأنه لا يحتاج إلى قسمتين؛ لأن قسمة الشرب إنما تكون من حيث المهايأة، كما قبل الإقرار، ويصير نوبة المقر له إن أقر له بجميع نصيبه، فإذا أقر له ببعض نصيبه يدخل المقر له فى نوبة المقر، فلا يلحق الساكت زيادة ضرر بهذا الإقرار، أما ههنا بخلافه، فإن قسم الورثة هذا الدار بعد هذا الإقرار من بعض الشركاء، فوقع الطريق والمسيل فى نصيب المقر، يؤمر بتسليمه إلى المقر له، وينقلب ذلك الإقرار صحيحًا لزوال المانع من صحته، وهو ضرر الساكت، وإن وقع الطريق والمسيل فى نصيب غير المقر، فالمقر يضرب بنصيبه إلا قدر الطريق والمسيل، هكذا ذكر فى الكتاب، ولم يحك فيه خلافا، قالوا: ويجب أن يكون المذكور فى الكتاب قول أبى حنيفة وأبى يوسف، وعلى قول محمد يضرب المقر له بنصف قيمة الطريق والمسيل، والمقر يضرب بحصته إلا قدر قيمة نصف الطريق والمسيل قياسًا على مسألة كتاب الإقرار، فإنه ذكر فى كتاب الإقرار، دار بين رجلين فيها عشرة بيوت، أقر أحد الشريكين ببيت بعينه لآخر، لا يصح إقراره للحال، فإذا قسّم المقر والساكت الدار فيما بينهم بعد ذلك، إن وقع البيت

(١) هكذا فى ظ وم، وكان فى الأصل وف: "فكذلك".

المقر به فى نصيب المقر، فإنه يؤمر بتسليمه إلى المقر له، وإن وقع فى نصيب صاحبه، ذكر أن على قول أبى حنيفة وأبى يوسف: يضرب المقر له جميع ذرعان البيت فى نصيب المقر، والمقر يضرب بنصف ذرعان الدار إلا قدر ذرعان البيت، حتى إنه إذا كان ذرعان البيت المقر به عشرة ذرعان الباقى تسعون، فالمقر له يضرب بعشرة والمقر يضرب بأربعين، وعلى قول محمد: المقر له يضرب بنصف ذرعان البيت، وذلك خمسة أذرع، والمقر يضرب بخمسة وأربعين، فههنا يجب أن يكون كذلك على قول أبى حنيفة وأبى يوسف يضرب المقر له بجميع قيمة الطريق والمسيل، وعلى قول محمد: يضرب بنصف قيمة الطريق والمسيل، إلا أن فى مسألة المسيل والطريق اعتبر القيمة، وفى مسألة البيت اعتبر الذرعان؛ لأن المقر به فى مسألة المسيل والطريق حق المرور وحق تسييل الماء لا الرقبة، فلايمكن اعتباره بالذرعان، والمقر به فى مسألة البيت الرقبة، فأمكن اعتباره بالذرعان.

وطريق معرفة قيمة حق المرور، وتسييل الماء أن ينظر إلى قيمة الدار، وفيها حق المرور للغير، وإلى قيمتها، وليس فيها حق المرور لأحد، فإن كانت قيمتها، وليس فيها حق المرور لأحد خمسمائة، وكانت قيمتها، وفيها حق المرور للغير أربع مائة، عرفت أن قيمة حق المرور مائة، فيضرب المقر له بمائة عند أبى حنيفة وأبى يوسف، والمقر بأربع مائة، وعند محمد: يضرب المقر له بخمسين، والمقر بأربع مائة وخمسين.

١٦٩٧٤- وإذا كان مسيل ماء فى دار رجل فى قناة، فأراد صاحب القناة أن يجعله مئزابًا، ليس له ذلك إلا برضاء صاحب الدار، أما إذا أراد أن يجعله مئزابًا على الهواء، فلأنه يريد أن يشغل شيئًا من هواء داره، وأما إذا أراد أن يجعله مئزابًا على وجه الأرض، فلأنه يريد أن يزيل منفعة وجه الأرض عن صاحب الدار؛ لأن الماء فى القناة تجرى تحت القناة، والآن تجرى على وجه الأرض.

ولو كان مئزابًا، فأراد أن يجعله قناة، فإن كان فى ذلك ضرر على صاحب الدار، بأن احتاج إلى حفر حافتى النهر لجعله قناة، فليس له ذلك إلا برضاء صاحب الدار، وإن لم يكن فى ذلك ضرر على صاحب الدار، بأن لم يحتج إلى ذلك، بأن كان المئزاب عريضًا، فله ذلك. وذكر الكرخى: أنه إذا تساوى الأمران فى الضرر، فله أن يجعل

القناة مئزابًا، والمئزاب قناة، ومن المتأخرين من قال: ما ذكر محمد فى الكتاب محمول على ما إذا كان له حق المسيل لا غير، فأما إذا كانت البقعة التى تسيل فيها الماء ملكه، فله أن يتصرف فيها بما شاء.

قال فى الكتاب: وإن كان المئزاب على الهواء، فليس له أن يجعله قناة، ولم يفصل بينما إذا كان لصاحب الأرض فيه ضرر، أو لم يكن؛ لأن ههنا يحتاج إلى حفر الأرض، وإنه لا يخلو عن الضرر، ولو أراد أن يجعل مئزابًا أطول من مئزابه، أو أعرض أو أقصر، أو أراد أن يسيل ماء سطح آخر فى ذلك، ليس له ذلك إلا برضاء أهل الدار، وكذلك لو أراد أن ينقل المئزاب عن موضعه، أو يرفعه، أو يسفله، لم يكن له ذلك إلا برضاء أهل الدار، ولو أراد أهل الدار أن يبنوا حائطًا ليسدوا مسيله به، لم يكن لهم ذلك.

ولو بنى أهل الدار بناء ليسيل مئزابه على ظهره، فلهم ذلك، ولو كان لرجل طريق فى دار رجل، فأراد صاحب الدار أن يبنى فى ساحة الدار ما يقطع طريقه، لم يكن له ذلك، وينبغى أن يتركوا فى ساحة الدار عرض باب الدار.

١٦٩٧٥- وفى "نوادر هشام": قال: سألت محمدًا عن رجل ادعى على رجل أن مجرى ماءه فى بستانه، ولم يكن الماء جاريًا يوم اختصما، فشهدا شاهدان أنه كان جاريًا إلى بستان هذا المرء أمس، قال: كان أبو يوسف يجيز هذه الشهادة، وكان أبو حنيفة لا يجيزه ما لم يشهدوا بالملك أو الحق، وهو قول محمد رحمه الله. ولو شهدوا على إقرار المدعى عليه، فذلك جائز فى قولهم، وهو نظير ما لو ادعى رجل دارًا فى يدى رجل، وشهد الشهود أن هذه الدار كانت فى يد المدعى، قبلت الشهادة عند أبى يوسف، وقضى بالدار للمدعى، وعلى قول أبى حنيفة ومحمد: لا يقضى بالدار للمدعى، ولو شهدوا على إقرار المدعى عليه أنها كانت فى يد المدعى، قضى بالدار للمدعى.

١٦٩٧٦- قال أيضًا: وسألته عن من ادعى قبل آخر ناوقة موضوعة على نهر هذا أمس، جاء السيل حتى قلعها أمس ورمى بها، قال محمد رحمه الله: إذا شهدوا بذلك أمرته أن يعيد الناوقة كما كانت موضوعة. قلت: فإن أراد أن يجرى فيها الماء، فمنعه

صاحب النهر، وجحد أن يكون له فيها مجرى قال له: أن يمنعه حتى يقيم البينة على أن مجرى ماءه فيها، قلت: فما منفعته فى ذلك إذا لم يسيل؟ قال: يقول صاحب المثزاب: إذا كان مركبًا فربما[1] أجد بينة فى الحال على أن مسيل ماءى فيها، فيمكننى تسييل الماء فيها من غير توقف.

١٦٩٧٧- ذكر ابن سماعة فى "نوادره": فى المثزاب الذى كان يجرى فيها الماء فى دار رجل لاتقبل الشهادة فى هذا فى قول أبى حنيفة حتى يشهدون أنه حق له، وقال أبو يوسف: إذا شهدوا أن هذا مجرى ماءه، كان له أن يجرى فيه الماء، ولا يشترط أن يشهدوا له بالملك أو الحق، وهذه المسألة ومسألة مجرى الماء فى البستان سواء، وإن لم يكن لصاحب المجرى بينة فى هذه المسائل، يحلف صاحب الدار وصاحب البستان بالله ليس له فيه حق، وهذا قول أبى حنيفة ومحمد، وعلى قول أبى يوسف: يحلف أنه ليس هذا مجرى ماءه -والله أعلم-.

---

(١) هكذا فى ظ وكان فى الأصل وف وم: "أخذ".

الفصل السادس عشر

فى القضاء لأحد الخارجين عند ظهور العدالة لشهوده ثم ظهور العدالة لشهود الخارج الآخر أو إقامة الخارج الآخر شهوداً بعد ذلك

١٦٩٧٨- رجلان ادعيا عيناً فى يدى رجل يدعى كل واحد، أنه ملكه ورثه عن أبيه، أو ادعيا الملك مطلقًا، وأقام كل واحد منهما بينة على دعواه، فظهرت عدالة شهود أحدهما، فالقاضى يقضى بالعين كله لمن ظهرت عدالة شهوده؛ لأن حقه قد ظهر من كل وجه، وحق الآخر عسى يظهر بأن يعدّل شهوده، وعسى لا يظهر، بأن لا يعدّل شهوده، وليس لمعرفة عدالة شهوده غاية معلومة، ووقت معلوم، ولا يجوز تأخير حق ظاهر لحق موهوم به عسى لا يظهر وعسى يظهر، وليس لظهوره وقت معلوم، ويبطل بينة الأخرى حتى إذا ظهرت عدالتهم، فالقاضى لا يقضى له بشىء؛ لأن القاضى لما قضى بالعين كله للذى ظهرت عدالة شهوده مع قيام ما يوجب القضاء بالنصف الآخر، وهو شهادة شهوده تضمن القضاء بالدار كله له إبطال بينة الآخر، والقاضى له ولاية إبطال البينة إذا لاح له دليل الإبطال، والقاضى إذا أبطل البينة فى حادثة، لا يجوز القضاء بها فى تلك الحادثة أصلا، فإن أقام الآخر بينة بعد ذلك على صاحبه المقضى له أن العين له قبل القاضى بينته، وقضى بكل العين له، سواء جاء بشهود آخرين أو بتلك الشهود؛ لأنه لو لم يقبل شهوده إنما لم يقبل لصيرورته مقضيًا عليه ببينة المقضى له، ولا وجه إليه؛ لأن بينة المقضى له قامت على صاحب اليد الأول لا على المدعى الآخر، فإن قال المقضى له الأول بعد ذلك: أنا أعيد البينة على المقضى له الثانى أن العين لى، فالقاضى لا يلتفت إلى بينته؛ لأنه صار مقضيًا عليه من جهة المقضى له الثانى.

ولو ظهرت عدالة شهودهما، وقضى بالعين بينهما لاستواءهما فى الحجة، ثم إن أحد المدعيين أقام بينة أن العبد عبده، لا ينتفع بهذه البينة، ولا يقضى له على صاحبه بشىء؛ لأن كل واحد من المدعيين أقام بينة أن العبد عبده، لا ينتفع بهذه البينة، ولا يقضى له على صاحبه بشىء؛ لأن كل واحد من المدعيين صار مقضيًا عليه فى النصف

الذى قضى به لصاحبه؛ لأنه ببينته استحق الكل، ولو لا بينة صاحبه لقضى له بكل العبد، فإنما حرّم كل واحد منهما عن النصف ببينة صاحبه، فصار هو مقضيّا عليه من جهة صاحبه، والإنسان متى صار مقضيّا عليه فى شىء لا يصير مقضيّا له فى عين ذلك الشىء.

فإن قيل: كيف يجعل كل واحد من المدعيين مقضيّا عليه فى النصف الذى قضى به لصاحبه، ولم يكن له فى ذلك النصف ملك قبل القضاء لصاحبه. قلنا: إن لم يكن فيه ملك، فله حق الملك؛ لأنه أقام البينة أن الكل له، وأنها موجب حقيقة الملك عند اتصال القضاء بها، فقبل اتصال القضاء بها يوجب حق الملك، وحق الملك معتبر بحقيقة الملك، ولو ثبتت الحقيقة يصير مقضيّا عليه، كذا ههنا.

ولو عُدّلت بينة أحدهما، ولم يُعدّل بينة الآخر، أو لم يقم الآخر شاهدًا أصلا، أو أقام شاهدًا واحد، فقضى به لمن عدّلت بينته، ثم جاء الآخر ببينة عادلة، أو جاء بشاهد آخر عدل، قضى له بالعين، وقبل بينته؛ لأنه لو لم يقبل بينته إنما لم يقبل لصيرورته مقضيّا عليه من جهة صاحبه، وهو لم يصر مقضيّا عليه من جهة صاحبه؛ لأنه لم يكن له فى المقضى به لا حقيقة الملك ولا حق الملك، لانعدام الحجة الموجبة للقضاء، والقضاء على الإنسان بإزالة الاستحقاق الثابت له، فإذا لم يكن الحق ثابتًا له كيف يتصور إزالته، فعلم أنه لم يصر مقضيّا عليه له، فسمع دعواه، وبينته بعد ذلك. فلو كان كل واحد من المدعيين ادعى أن العين له أودعه من صاحب اليد، وأقام أحدهما البينة، فقبل أن يزكى بينته أقر ذو اليد أن العبد للذى لم يقم البينة أودعه إياه، ودفع القاضى العبد إلى المقر له، ثم زكيت بينة الذى أقامها، وأخذ صاحب البينة العبد من المقر له، ثم إن المقر له أتى ببينة أنه عبده أودعه إياه ذا اليد، قبلت بينته، وقضى له بالعبد؛ لأن المقر له لم يصر مقضيّا عليه؛ لأن بينة غير المقر له قامت على ذى اليد لا على المقر له، وجعل المقر له كالوكيل عنه.

فإن قيل: الملك قد ثبت للمقر له بإقرار ذى اليد، وبتصديق المقر له إياه، ثم استحق عليه بالقضاء ببينة المدعى، فيجعل المقر له مقضيّا عليه. قلنا: إقرار ذى اليد كان بعد إقامة المدعى البينة على ذى اليد، وعند ظهور عدالة الشهود يثبت الاستحقاق من

وقت الشهادة، فظهر أن إقرار ذى اليد كان باطلا؛ لأنه ظهر أنه لم يكن مالكًا للعبد، وإذا بطل إقرار ذى اليد بطل تصديق المقر له؛ لأنه بناء عليه، وإذا بطل الإقرار والتصديق صار وجودهما والعدم بمنزلة.

ولو عدما، وباقى المسألة بحالها، كان المقضى عليه الذى كان العبد فى يده دون المقر له، كذا ههنا. وكذلك لو أقام المقر له البينة على ما ذكرنا قبل القضاء لصاحبه ببينته يقضى للمقر له، ويبطل بينة صاحبه؛ لأن ببينة المقر له ظهر أن صاحبه أقام البينة على مودع المقر له، وهو ليس بخصم، والبينة القائمة على غير الخصم باطلة.

فإن قيل: بينة المدعى متى قامت على المودع، إنما يبطل إذا المودع غائبًا وقت إقامة البينة، أما إذا كان حاضرًا كانت البينة مقبولة، ويكون إقامة الببينة على المودع، والمودع حاضر بمنزلة إقامة البينة على المودع، وههنا المقر له حاضر وقت إقامة المدعى البينة على مودعه، فصار بمنزلة ما لو أقام المدعى البينة على المقر له.

قلنا: المقر له وإن كان حاضرًا وقت إقامة البينة على الذى كان العبد فى يده حقيقةً، فهو غائب حكمًا؛ لأنه ليس بخصم للمدعى وقت إقامة البينة؛ لأنه لم يكن له فى العبد ملك ولا حق ملك وقت إقامة المدعى البينة. وكذا لم يثبت له زيادة خصوصية بهذا العين من بين سائر الأجانب، وهو كونه بحال لو أقام شاهدًا يقضى له، فصار غائبًا حكمًا حتى لو كان المقر له أقام شاهدًا واحدًا قبل إقرار ذى اليد له بالعين، وثبت له زيادة خصوصية لهذا العين من بين سائر الناس وهو كونه بحال لو أقام شاهدًا واحدًا يستحق القضاء حتى كانت خصومة معتبرة وقت إقامة المدعى البينة على مودعه، وكان حاضرًا حقيقةً وحكمًا، كانت البينة القائمة على مودع المقر له بمنزلة القائمة على المقر له، فتقبل بينته ويصير المقر له مقضيًا عليه، فلا تسمع بينته بعد ذلك.

فإن قال غير المقر له: أنا أعيد شهودى على المقر له، هل تقبل بينته، فهذا على وجهين إن قال: ذلك بعد ما قضى القاضى ببينة المقر له لا تسمع بينته؛ لأنه صار مقضيًا عليه ببينة المقر له، وإن قال: ذلك قبل القضاء ببينة المقر له، قبلت بينته؛ لأنه لم يصر مقضيًا عليه، ثم يقضى له بجميع العبد؛ لأنه لما أعاد البينة، فقد أبرأ ذا اليد عن الخصومة، ورضى بنفاذ إقراره، واستأنف الخصومة مع المقر له، وله ولاية إبراء المقر

عن الخصومة واستئناف الخصومة مع المقر له؛ لأن ما يدعيه غير المقـر له فى يد المقـر له، فتقررت يد المقـر له، واجتمع بينة الخارج وبينة ذى اليد وهو المقر له، والدعوى فى الملك المطلق، فكانت بينة الخارج أولى -والله أعلم-.

الفصل السابع عشر
فى دعوى الدين

١٦٩٧٩- إذا أرادت المرأة إثبات بقية مهرها على الزوج، فلها ذلك، وإن لم يكن لها حق المطالبة ببقية[1] المهر فى الحال، وكذلك من له الدين المؤجل إذا أراد إثباته، فله ذلك، وإن لم يكن له حق المطالبة فى الحال، وهذا لأن إثبات الحق لا يعتمد المطالبة للحال لا محالة، ألا ترى أن إثبات الدين على الميت، وعلى وارث لم يصل إليه شىء من تركة الميت صحيح، وإن لم يكن لرب الدين حق المطالبة من هذا الوارث إذا لم يصل إليه شىء من تركة الميت، ولكن يعتمد الفائدة، وللمرأة فى إثبات بقيية مهرها فى الحال فائدة، وكذلك فى إثبات الدين المؤجل فى الحال فائدة، لجواز أن شهوده يغيبون، فلا يقدر على إثبات الدين عند محل الأجل، ادعى على غيره عشرة دراهم دين، وشهد الشهود أنه دفع إليه عشرة دراهم، لا تقبل الشهادة؛ لأن دفع العشرة قد يكون بجهة أخرى غير الدين.

١٦٩٨٠- قال هشام فى "نوادره": قلت لمحمد: رجل لى عليه ألف درهم، وللرجل على امرأة ألف درهم، فخاصمها فيه، فأقامت المرأة شاهدين وأنا غائب، إنى قد أقررت أن الدراهم التى لى على هذا الرجل الذى يطالبها ملكها لهذه المرأة، لا شىء له فيها، وإنما هى باسمى من ثمن عبد بعته لها، والرجل الذى يطالب المرأة مقر بأن لى عليه ألف درهم أو منكر، فأقامت المرأة البينة أن لى عليه ألف درهم، وأنا أقررت أنها[2] ملك لها، وإن اسمى[3] فى ذلك عارية، قال محمد رحمه الله: هذا أمر جائز، وشهادة قاطعة.

١٦٩٨١- ادعى دينًا على ميت، فخصمه الوصى أو الوارث، فلو حضر الوصى

---

(١) وكان فى الأصل: "نصف".

(٢) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وف وم: "وإنما أقررت أن ملكها لها".

(٣) هكذا فى الأصل وف وم، وكان فى ظ: "سمى".

أو أحد الورثة، وأثبت الدين عليه، وقضى القاضى بذلك، كان ذلك قضاء على الكل.

ولو أقر أحد الورثة بذلك، يلزمه الدين فى حصته حتى يستغرق جميع حصته، هكذا ذكر الخصاف فى "أدب القاضى" فى باب إثبات الدين والحقوق، فهذه إشارة إلى أن بمجرد إقرار بعض الورثة يلزمه كل الدين فى نصيبه من غير أن يحتاج فيه إلى قضاء القاضى، ألا ترى أنه قال: لو أقر أحد الورثة بذلك يلزمه الدين فى حصته حتى يستغرق جميع حصته، ولم يشترط فيه قضاء القاضى، وليس الأمر كذلك، بل يحتاج إلى قضاءه للزوم المقر كل الدين فى نصيبه، وإليه أشار محمد رحمه الله فى "الزيادات" حيث قال: لو أقر الوارثان لرجل بالدين على الميت، ومعهما ورثة أخرى، فلم يقض القاضى بشىء بحكم إقرارهما حتى شهدا لذلك الرجل على الميت بذلك الدين، قبلت شهادتهما.

ولو قضى القاضى بالدين على المقرين فى نصيبهما، ثم شهدا بذلك الدين لذلك الرجل على الميت، لا تقبل شهادتهما؛ لأن فى الوجه الأول لم يحولا إلى غيرهما بعض ما لزمهما، وفى الوجه الثانى حوّلا إلى غيرهما بعض ما لزمهما، ثم إنما لا يلزم المقر الدين فى نصيبه خاصة بمجرد الإقرار قبل قضاء القاضى لوجهين: أحدهما: أن هذا إقرار فى معنى الشهادة؛ لأنه إقرار على الغير، وهو الميت، ثم الشهادة لا تصير موجبة إلا بقضاءالقاضى، فكذا الإقرار الذى هو فى معنى الشهادة.

والثانى: أنه يحتمل أن رب الدين يجد بينة فى ذلك، أو يصدقه باقى الورثة، فلو ألزمناه جميع الدين بإقراره فى نصيبه فى الحال، فقد ألزمناه ذلك مع الاحتمال، وإنه لايجوز، وإنما ينقطع هذا الاحتمال، ويلزمه كل المال بقضاء القاضى.

فإن قيل: إذا كان لا يلزم المقر كل الدين فى نصيبه بمجرد إقراره، فبأى طريق يقضى القاضى عليه بكل الدين؟ قلنا: طريقه أن الدين يقضى من أيسر المالين قضاء، ألا ترى أنه إذا كان فى التركة عين ودين، فالدين يقضى من الدين دون العين، ألا ترى أن بعض التركة إذا كان حاضراً، والبعض غائبًا، فالدين يقضى من الحاضر. إذا ثبت هذا،

فنقول : إذا لم يجد رب الدين للدين بينة ، ولم يصدقه باقى الورثة ، فأيسر المالين قضاء نصيب المقر ، فيقضى عليه بذلك حتى يوفى من نصيبه ، وإن كان الدين متعلّقًا بكل التركة .

١٦٩٨٢- وفى كتاب الأقضية : رجل ادعى على رجل أن له على فلان ألف درهم ، وأن فلانًا أمر هذا أن يدفعها إليه من هذا الألف الوديعة التى عنده له ، وجحد المودع الأمر بذلك ، فأقام المدعى بينة على الألف الوديعة ، والآمر بالدفع ، وقضى القاضى عليه ، فإنه يكون ذلك قضاء على الغائب ، وينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب .

١٦٩٨٣- رب الدين إذا أقام البينة على أن الورثة باعوا عينًا من التركة ، والتركة مستغرقة بالدين ، وقالت الورثة : إن أبانا باع هذا العين فى حياته ، وأخذ الثمن وأقاموا جميعًا البينة ، فبينة رب الدين أولى ؛ لأن رب الدين ببينته[1] يثبت الضمان عليهم وهم ينفون .

١٦٩٨٤- فى "فتاوى الفضلى رحمه الله" : ادعى بعض الورثة على مورثه دينًا ، وصدقه بعض الورثة ، وكذّبه البعض ، قال : يستوفى الدين من نصيب من صدقه بعد أن يطرح نصيب المدعى من ذلك الدين ، وقد ذكرنا كثيرًا من مسائل هذا الفصل فى "كتاب أدب القاضى" .

١٦٩٨٥- ادعى على ميت ألف درهم دين ، وقضى القاضى له بذلك ببينة أقامها وأخذها ، ثم جاء أجل آخر ، وادعى على الميت ألف درهم دين ، وأنكرت الورثة ، وأقر الغريم الأول ، فإن ما أخذه الأول يكون بين الأول وبين الثانى ، دعوى الدين على المودع لا يصح بخلاف دعوى الوراثة عليه .

١٦٩٨٦- التركة إذا كانت مستغرقة بالدين ، فجاء غريم آخر ، وأراد إثبات دينه بالبينة ، فإنما يقبل بينته على الوارث لا على غريم آخر ، ولكن لا يحلف الوارث ؛ لأن فائدة الحلف المنكول الذى هو إقرار ، والوارث لو أقر بالدين والتركة مستغرقة بالدين ، لا يصح إقراره ، ولا يظهر الدين فى حق غريم آخر ، هذا هو المذكور فى سائر الكتب ،

---

(١) هكذا فى الأصل وم ، وكان فى ظ : "بينته تثبت الضمان عليهم . . . إلخ" .

ولم يذكر في شيء من الكتب أنه هل يصح إقرار هذا الوارث في حق نفسه؟ حتى لو ظهر للميت مال آخر يستوفي دين هذا الغريم من نصيب الوارث المقر، وينبغي أن يصح، ولكن لا يحلف لهذه الفائدة الموهومة -والله أعلم- .

الفصل الثامن عشر
فى إقرار المدعى ببعض ما قضاه للمدعى عليه أو نفى ذلك عن نفسه وفى دعوى المدعى عليه لنفسه بعض ما قضى به عليه

١٦٩٨٧ - قال محمد رحمه الله فى "الأصل" : رجل فى يديه دار مبنية ، جاء رجل ، وأقام بينة أنها داره ، وذكر البناء فى شهادتهما ، أو لم يذكرا ، ثم ماتا ، أو غابا قبل أن يسألهما القاضى عن البناء ، فإن القاضى يقضى بالدار ببنائها للمدعى ، أما إذا ذكروا البناء فلا شك فيه ، وأما إذا لم يذكروا البناء فلأن البناء مركب فى الأرض تركيب قرار ، فيدخل تحت ذكر الأرض خصوصًا فى ذكر الدار ؛ لأن فى الغالب يستعمل الدار فى المبنى ، ثم إذا قضى القاضى للمدعى بالدار ببنائها ، وأقر المدعى بعد ذلك ، وقال ليس البناء لى ، وإنما هو للمدعى عليه ، ولم يزل له ، أو قال ذلك بعد الشهادة قبل القضاء ، فإن هذا إكذاب للشاهد ، وبطلت الشهادة والقضاء فى البناء والدار جميعًا ، وإن قال : البناء للمدعى عليه ، فهذا ليس بإكذاب لشهوده ، هكذا ذكر المسألة فى الأقضية .

وذكر فى آخر شهادات "الأصل" : أن الشهود إذا ذكروا البناء فى شهادتهم ، وقضى القاضى بشهادتهم ، ثم أقر المدعى بعد ذلك بالبناء للمدعى عليه ، كان ذلك إكذابًا بالشهود ، وبطلت الشهادة والقضاء ، وإن لم يذكروا البناء فى شهادتهم ، وقضى عليهم بالدار والبناء ، ثم أقر بالبناء للمدعى عليه ، لا يكون ذلك إكذابًا لشهوده .

وجه الفرق على رواية شهادات "الأصل" : أن البناء إذا لم يكن ملفوظًا فى الشهادة ، فالقضاء بالبناء ما كان لكونه مشهودًا ، بل تبعًا للأرض ؛ لأن حكم الأصل يثبت فى البيع إلا إذا وجد دليل يوجب قطع التبعية ، فإذا أقر المدعى بالبناء بعد ذلك للمدعى عليه ، فهذا إقرار حجة قطعه عن التبعية ، وحجة أصالته فى الملك لا أن يكون إكذابًا لتلك الشهادة ، فأما إذا كان البناء ملفوظًا به فى الشهادة فالقضاء بالبناء لكونه مشهودًا به ، فالإقرار بالبناء بعد ذلك للمدعى عليه يكون إكذابًا للشهود ، فيوجب بطلان الشهادة .

ووجه التسوية على رواية كتاب الأقضية : أن مطلق اسم الدار فى الغالب من كلام الناس وفى عاداتهم يستعمل بإزاء الأرض والبناء، والشرع يشهد لذلك حتى إن من حلف لا يدخل داراً، فدخل صحراء كانت داراً، وقد انهدم بناءها لا يحنث، والثابت باعتبار العادة وغلبة الاستعمال كالثابت بمطلق اللفظ حقيقة، فاستوى ذكر البناء وعدمه. ثم على رواية كتاب الأقضية : فرق بينما إذا قال المقضى له : ليس البناء لى، وإنما هو للمدعى، وبينما إذا قال : البناء للمدعى عليه يوم شهادة الشهود، أو قال : لم يزل ملكًا للمقضى عليه، فلم يجعل الإقرار الأول تكذيبًا للشهود، وجعل الثانى والثالث تكذيبًا، وعلى رواية كتاب الشهادات لم يفصّل، وجعل مطلق الإقرار بالبناء للمدعى عليه تكذيبًا للشاهد إذا كان البناء مذكوراً فى الشهادة.

وجه ما ذكر فى الشهادات : أن مطلق الإقرار بالناء للمقضى عليه يناقض شهادة الشهود للمدعى بالبناء، والإكذاب من حكم المناقضة، وجه ما ذكر فى الأقضية أن قوله : البناء ليس لى، وإنما هو للمدعى عليه كلام محتمل يحتمل أن للمقضى عليه؛ لأنه كان له يوم شهد الشهود، فيكون إكذابًا للشهود، ويحتمل أنه له؛ لأنه تملكه من جهتى بعد ما شهد الشهود، فلا يكون إكذابًا بالاحتمال، ولا كذلك قوله : كان البناء له يوم شهد الشهود لم يزل ملكًا له.

هذا إذا أقر المقضى له بعد القضاء له أن البناء ليس له، وأنه للمقضى عليه، ولو أن المقضى له لم يقر بذلك، لكن المقضى عليه ادعى البناء لنفسه، فعلى رواية كتاب الأقضية : لايسمع دعواه، ولا تسمع بينته، ذكر الشهود البناء فى شهادتهم أو لم يذكروا، وعلى رواية كتاب الشهادت تسمع دعوى المقضى عليه إذا ادعى البناء لنفسه إن لم يذكر الشهود البناء فى شهادتهم، وإن لم يذكروا لم يسمع دعواه.

١٦٩٨٨- وفى "المنتقى" : وفى "الإملاء" عن محمد رحمه الله : رجل ادعى داراً فى يدى رجل، وأنكر الذى فى يديه الدار حق المدعى، فشهد للمدعى شاهدان أن الدار داره، ولم يزيدوا على ذلك، فلما زكوا قال المدعى عليه : البناء بناءى أنا بنيته، وأراد أن يقيم البينة على ذلك، قال : إن كان شهود المدعى حضوراً، فالقاضى يسألهم عن البناء، فإن قالوا : البناء للمدعى مع الدار، فالقاضى لا يلتفت إلى قول المدعى عليه، وإن

قالوا : لا ندرى لمن البناء إلا أنا نشهد أن الأرض للمدعى ، فليس ذلك بإكذاب منهم بشهادتهم ، ويقضى للمدعى عليه بالبناء إن أقام البينة على البناء ، ويؤمر بالهدم وتسليم الأرض إلى المدعى ، وإن لم يحضر المدعى عليه بينة على البناء ، قضى عليه القاضى بالأرض بشهادة شهود المدعى ، واتبع الأرض البناء ، فإن جاء المدعى عليه بعد ذلك بالبينة أن البناء بناءه أخذه ؛ لأن القاضى لم يقض على المدعى عليه بالبناء بشهادة الشهود ، وهذه الرواية توافق رواية شهادات "الأصل" .

ولو أن شهود المدعى شهدوا أن الدار للمدعى ، ثم ماتوا ، أو غابوا ، فلم يقدر عليهم ، فلما أراد القاضى أن يقضى بالدار ببناءها للمدعى ، قال المدعى عليه : أنا أقيم أن البناء بناءى ، لم يقبل ذلك منه ، ويقضى بالدار للمدعى ببناءها ؛ لأن الشهود حين شهدوا بالدار فقد شهدوا بالبناء إلا أن يبينوا أنهم لا يدرون لمن البناء ، فيكون على ما وصفت لك فى أول المسألة .

قال : ألا ترى أن القاضى لو قضى بالدار فى هذه الوجه ببناءها للمدعى ، ثم حضر شهوده ، وقالوا : إن البناء لم يكن للمدعى ، إنما كان للمدعى عليه ضمنوا قيمة البناء للمدعى عليه ، فإن قالوا للقاضى حين رجعوا عن البناء : ليس البناء للمدعى ، ولا ندرى لمن البناء؟ لم يضمنوا من قيمة البناء من قيمة البناء شيئًا ، وكان البناء للمدعى ، فقيل للمدعى عليه : أقم البينة أن البناء بناءك على الشهود الذين شهدوا للمدعى ، فإن أقام عليهم البينة ضمنهم قيمة البناء ، ألا ترى أن البناء دخل فيما شهدوا به .

ولو شهدوا شهود المدعى أن الدار له ، ولم يزيدوا على هذا ، ثم ماتوا أو غابوا ، ثم جاء رجل آخر ، وادعى بناء هذه الدار لنفسه ، وشهد له شاهدان آخران بذلك ، فإن القاضى يقضى بالأرض للمدعى الذى شهد شهوده بالدار ، ويقضى بالبناء للمدعيين نصفين[1] ، فإن أقام المدعى عليه بينة أن البناء بناءه ، قبل ذلك منه .

ولو أن شهود المدعى للدار شهدوا أن الأرض للمدعى ، وقالوا : لا ندرى لمن البناء؟ قضى بالأرض له ، وقضى بالبناء لمدعى البناء خاصة ، قال : وكذلك فى جميع ما وصفت لك الأرض يكون فيها النخيل والأشجار ، فشهد شهود المدعى أن هذه الأرض

(١) "بين المدعيين نصفين" هكذا فى الأصل وفى "مظ" .

له ، فهذا بمنزلة شهادتهم بالدار إذا لم يفسّروا ، فالقاضى يقضى بالأرض ، ويتبعها النخيل والشجر من غير أن يكون ذلك شهادة بالنخيل والشجر حتى لو رجعوا بعد ذلك عن النخيل والشجر ، ضمنوا قيمة النخيل والشجر ، ولو أنهم حين شهدوا قالوا : لا علم لنا بالنخيل والشجر ، ثم رجعوا عن النخيل والشجر ، فلا ضمان عليهم فى النخيل والشجر .

وكذلك إذا شهدوا أن هذا الخاتم لفلان ، ولم يذكروا الفصّ ، أو شهدوا أن هذا السيف لفلان ، ولم يذكروا الحلية ، فالقاضى يقضى بالسيف وبالحلية وبالخاتم والفص لفلان من غير أن يكون الفص والحلية مشهودًا به حتى لو أقام المشهود عليه بينة أن البناء والفص والحلية له ، قبلت شهادتهم كان القاضى قضى بذلك للمدعى أو لم يقض .

١٦٩٨٩ - وفيه أيضًا : إذا شهد الشهود على رجل بجارية فى يديه أنها لهذا المدعى ، وقضى القاضى له بها ، ثم غاب الشاهدان ، أو ماتا وظهر للجارية ولد فى يد المشهود عليه ، لم يرَه الشهود أخذه المدعى .

وكذلك لو كان الولد ظاهرًا ، وشهد الشهود بالجارية للمدعى ، ولم يتعرضوا للولد ، فالقاضى يقضى للمدعى بالجارية وبالولد ، فإن قال الذى فى يديه الجارية : أنا أقيم بينة على أن الولد لى ، لم يلتفت إلى بينته ، ويقضى بالجارية وولدها للمدعى ، وإذا قضى القاضى بذلك ، ثم حضر الشهود ، وقالوا : لم يكن الولد للمدعى ، وإنما كان للمدعى عليه ، فالقاضى لا يقضى بالولد للمدعى عليه ، وإن أقام البينة على الولد ، ولو كان الشهود حضورًا ، وسألهم القاضى عن الولد قبل القضاء ، فقالوا : هو للمدعى عليه ، أو قالوا : لا ندرى لمن هو؟ فالقاضى لا يقضى فى الولد بشىء ، ويقضى بالجارية للمدعى .

قال : ولا يشبه الولد فى هذا الوجه البناء ، وعلل فقال : لأن البناء موصول بالدار ، فقد أشار إلى أن شهود المدعى فى مسألة الدار إذا قالوا وقت الشهادة بالدار : لا ندرى لمن البناء ، إنه يقضى بالبناء لمدعى الدار .

وإذا شهد الرجل بجارية فى يدى رجل أنها له ، وقضى له بها ، ثم غاب الشاهدان ، وظهر للجارية ولد فى يد المشهود عليه ، لم يره الشهود ، وأخذ المدعى

الولد، ثم رجع الشهود عن شهادتهم، ضمنوا قيمة الأم والولد، قال: لأن الولد بمنزلة الأم.

وكذلك لو كان الولد ظاهرًا، وشهدوا بالأم، ولم يتعرضوا للولد، ثم رجعوا عن شهادتهم ضمنوا قيمة الأم والولد، وإن قالوا: الأم لهذا، والولد عبد للذى فى يديه، فهو كما قالوا، قال ابن سماعة فى "نوادره": قلت لمحمد رحمه الله أولا: يسألهم عن أى وجه صار الولد عبدًا له، قال: نعم، فإن أبوا أن يخبروا قبلت شهادتهم.

١٦٩٩٠- هشام فى "نوادره" عن محمد: أنه قال: سمعت أبا يوسف يقول: إذا كان فى يدى رجل أمة وابنة هذه الأمة فى يدى رجل آخر، أقام رجل بينة أن هذه أمته، وأخذها، لم يكن له على البنت سبيل، ولو أقام البينة على نخل فى يدى رجل أنه نخله، وثمرة هذا النخل فى يدى رجل آخر، أخذ الثمرة والنخيل، قال: ولا يشبه التمر الولد، ألا ترى أنه لو أوصى بغلة نخلة عشر سنين جاز، ولو أوصى بما تضع شاته عشر سنين لم يجز.

١٦٩٩١- قال هشام: سألت محمدًا عن أرض مزروعة حنطة أقام آخر بينة أن الأرض له، وقال الشهود: لا ندرى لمن الزرع؟ قال: إذا لم يعلم الزارع، فالزرع يتبع الأرض، قلت: فإن أقام الذى فى يديه الأرض بينة أنه هو الذى زرع، قال: أجعل الزرع له، قلت: فإن كان الزرع محصدًا أو كدسًا والشهود لم يشهدوا بالزرع لأحد، قال: الزرع لمن فى يده الأرض -والله أعلم-.

الفصل التاسع عشر
فى بيان ما يقع به التناقض فى الدعوى وما لا يقع

١٦٩٩٢- ادعى عينًا فى يدى رجل أنه له، ثم ادعى بعد ذلك أنه لفلان وكله بالخصومة فيه، وأقام البينة على ذلك، قبلت بينته، ولا يصير متناقضًا. ولو ادعى لفلان وكله بالخصومة فيه أولا، ثم ادعى أنه له، وأقام البينة على ذلك، يصير متناقضًا، ولا تقبل بينته إلا أن يوفق، فيقول: كان لفلان وكلنى بالخصومة فيه، ثم اشتريته منه بعد ذلك، وأقام على ذلك بينة، فحينئذٍ تقبل بينته، هكذا ذكر المسألة فى "الأصل"، وقد ذكرنا وجه الفرق فى كتاب الشهادات من هذا الأصل.

قال فى "الأصل" أيضًا: ولو ادعى أنه لفلان وكله بالخصومة فيه، لا تقبل بينته، ويصير متناقضًا إلا أن يوفق. قال فيه أيضًا: والدين فى هذا نظير العين، حتى لو ادعى على رجل دين ألف درهم فى صك جاء به باسمه، ثم ادعى أن ذلك المال، وذلك الصك بعينه لفلان وكله بالخصومة فيه، قبلت بينته، فلا يصير متناقضًا.

١٦٩٩٣- أحد الورثة إذا أقر أن هذا المحدود ميراث عن أبينا، ثم ادعى أنه وصية عن أبى لابنى فلان، وأقام البينة، قبلت بينته، ولا يصير متناقضًا؛ لأن الكل ميراث، والميراث متروك الميت، والكل متروك الميت.

١٦٩٩٤- استأجر من آخر محدودًا دارًا إجارة طويلة مرسومة، وآجره من غير مقاطعة، وأقر المستأجر الثانى بالقبض، ثم إن المستأجر الأول مع المستأجر الثانى فسخا الإجارة الثانية بينهما، وطالب المستأجر الأول المستأجر الثانى بمال المقاطعة، فقال المستأجر الثانى: إن هذا المحدود كان للآجر الأول من يوم الإجارة الثانية إلى هذا اليوم، ولم يجب على مال المقاطعة، وأقام البينة، فقد قيل: يصح دعواه، وتقبل بينته على ذلك، كأنه قال: غصب منى الآجر الأول، ولكن هذا بعيد، والصحيح أنه لا يصح دعواه، ولا تقبل بينته، لمكان التناقض.

ولو أقام المستأجر الأول بينة على أن الثانى قد قبض المستأجر، وأقام الثانى بينة على أنها كانت في يد الأول تمام المدة، فبينة الأول أولى؛ لأنه يثبت الأجرة فى ذمة الثاني ببينته، والثانى ببينته ينفى ذلك.

١٦٩٩٥- إذا استحق العبد من يد المشترى، وقضى القاضى بالعبد للمستحق، فأراد المشترى أن يرجع على بائعه، فادعى البائع أنه نتج عنده، ولم يمكنه إثباته، ورجع المشترى عليه بالثمن بقضاء القاضى، فأراد البائع أن يرجع على بائعه بالثمن، وصدّقه بائعه بالشراء منه، له أن يرجع على بائعه، وإن زعم أن العبد نتج عنده، فيكون دعوى المشترى[1] من غيره تناقضًا منه إلا أن التناقض يرتفع بتصديق الخصم، ولأن القاضى لما قضى عليه بالثمن للمستحق، فقد كذبه فيما زعم من نتاج العبد عنده، والتحق دعوى النتاج بالعدم، وكذلك لو أنكر بائعه الشراء منه، فأقام بينة هو على الشراء منه، رجع عليه بالثمن وإن صار متناقضًا؛ لما زعم أن العبد نتج عنده؛ لأنه صار مكذبًا فيما زعم على ما ذكرنا.

١٦٩٩٦- سئل[2] الشيخ الإمام الأجل نجم الدين النسفى عن رجل ادعى على رجل دينًا من الدراهم أو الدنانير، فقال المدعى عليه: قد قبضتها من سوق سمرقند، وطلب منه البينة، فلم يجد بينة على ذلك، ثم ادعى القضاء بعد ذلك فى قرية كذا، أو أقام على ذلك بينة، هل يكون تناقضًا؟ وهل يبطل دعواه؟ قال: لا يبطل دعواه إن وفق، ولم يبين وجه التوفيق، ووجه ذلك أن يقول: قبضتها فى سوق سمرقند كما ادعيت أولا، فجحد فى القضاء، وعجزت عن إثباته بالبينة، فقضيتها ثانيًا فى قرية كذا، وقيل على الرواية التى لا يشترط[3] التوفيق ويكتفى بإمكان التوفيق ينبغى أن لا تبطل دعواه، ويقبل ذلك بينه من غير توفيق.

١٦٩٩٧- إذا ادعى رجل دارًا فى يدى رجل أنها داره، ورثها من أخيه، ثم ادعى أنه اشتراها من أخيه فى حياته وصحته، فأقام على ذلك بينة، لا تقبل بينته، وبمثله لو

---

(١) وفى الأصل: "الشرى".

(٢) هكذا فى م، وكان فى الأصل وظ وم: "قال" مكان: "سئل".

(٣) هكذا فى م والأصل، وفى ظ وف: "لا تشترط".

ادعى الشراء أولا من أخيه فى حياته وصحته، ثم ادعى الإرث، وأقام على ذلك بينة، تقبل بينته؛ لأن فى الفصل الأول التوفيق بين الكلامين غير ممكن، فثبت التناقض، وفى الفصل الثانى التوفيق بين الكلامين ممكن، فلا يثبت التناقض إذا قال المدعى عليه الدين: أى مبلغ مال كه دعوى مى كنى بتو رسانيده ام، ثم قال: بفلان حواله كرده بودم واو رسانيده است، فقد قيل: لا تسمع هذه المقالة الثانية لمكان التناقض، وقيل: تسمع ولا تناقض؛ لأن إيفاء المحتال عليه إيفاء المحيل معنى، ألا ترى من حلف ليعطين فلانًا حقه، فأحاله على غيره، وقبض من المحتال عليه، برئ الحالف فى يمينه، وكذلك لو حلف لا يعطى فلانًا حقه، فأحاله على غيره، وقبضه المحتال له، حنث فى يمينه، وجعل إعطاء المحتال عليه بأمر المحيل إعطاء المحيل معنى.

١٦٩٩٨- فى "مجموع النوازل": سئل نجم الدين النسفى عن رجل ادعى دينًا فى تركة ميت، وصدّقه الوارث فى ذلك، وضمن له إيفاء الدين، ثم ادعى هذا الوارث بعد ذلك أن الميت قد كان قضى المال فى حياته، وأراد إثبات ذلك بالبينة، قال: لا يصح دعواه، ولا تسمع بينته، وهذا ظاهر؛ لأنه متناقض؛ لأنه أقر بوجوب المال أولا، وبدعوى القضاء يدعى أنه غير واجب، وهذا تناقض ظاهر.

١٦٩٩٩- سئل هو أيضًا عن رجل خلع امرأته، وقال فى ذلك المجلس: مرا در اين خانه هيچ چيز نيست، ثم ادعى عليها أشياء من الأقمشة التى فى ذلك البيت، هل يصح دعواه؟ قال: إن كان قال: هذه الأقمشة كانت فى البيت وقت الخلع لا يصح دعواه، لمكان التناقض، وهذا ظاهر، وإن كان لم يكن هذه الأشياء فى ذلك البيت وقت الخلع، يصح دعواه، وعندى أن فيما إذا أنكر الزوج كون هذه الأشياء فى البيت وقت الخلع، يجب أن يكون الجواب على التفصيل، إن كان دعوى الأقمشة بعد إقرار الزوج: مرا درين خانه هيچ چيز نيست فى مدة لايمكن إدخال تلك الأشياء فى البيت فى تلك المدة، لا يصح دعواه؛ لأنا تيقنا بكون هذه الأشياء فى البيت وقت الخلع إذا كانت الحالة هذه، وإن كان فى دعوى الأقمشة بعد إقراره ذلك فى مدة يمكنه إدخال تلك الأشياء فى البيت فى تلك المدة، يصح دعواه؛ لأنا لم نتيقن بكون هذه الأشياء فى البيت وقت الخلع إذا كانت الحالة هذه، وجنس هذه المسألة فى شهادات "الجامع" من شرحى.

١٧٠٠٠- ادعى على رجل مقداراً معلومًا من مال الشركة فى يده، وأنكر المدعى عليه الشركة والمال، ثم إن المدعى ادعى ذلك المال المقدر بجهة الدين، يسمع دعواه ثانيًا، ولا يصير متناقضًا؛ لأن مال الشركة يصير مضمونًا على الشريك دينًا فى ذمته عند جحوده، فيمكن الجمع بين الدعويين، إذ يمكنه أن يقول: كان لى فى يده هذا المقدار بجهة الشركة، وصار دينًا عليه حين أنكر الشركة والدين، ولو كان ادعى ذلك المقدار بجهة الدين أولا، ثم ادعاه بجهة الشركة، لا يسمع دعواه ثانيًا، ويثبت التناقض؛ لأن الدين لا يصير مال الشركة بحال.

١٧٠٠١- ادعى على آخر أن له فى يده كذا كذا من مال الشركة، فأنكر المدعى عليه الشركة، ثم إن المدعى عليه ادعى دفع ذلك المال إلى المدعى، فإن كان أنكر الشركة أصلا، بأن قال: لم يكن بيننا شركة أصلا، وما دفعت إلىّ شيئًا من المال أصلا، لا يسمع منه دعوى دفع المال، لمكان التناقض، وإن أنكر الشركة والمال فى الحال، بأن قال: لا شركة بيننا، وليس لك فى يدى مال الشركة، يسمع منه دفع المال، ولا تناقض ههنا.

توضيحه: أن مال الشركة وديعة فى يد الشرك، والجواب فى المودع إذا أنكر الوديعة ثم ادعى الرد على التفصيل الذى ذكرنا، كذا ههنا. وإن ادعى الأول فى فصل الوديعة والشركة فيما إذا أنكر الإيداع أو الشركة أصلا، وقال: إنك أبرأتنى عن دعواك، قيل: صح الدعوى؛ لأن بالجحود تصير الوديعة ومال الشركة دينًا، فيستقيم دعوى الإبراء، إذ لا تناقض ثمة، ولا كذلك فى دعوى الدفع.

١٧٠٠٢- صبى له عقار موروثة ادعى بعد بلوغه أن وصيه باع عقاره مكرهًا وسلّمه مكرهًا، فلم يملكه المشترى وعليه رده على، ثم ادعى أن الوصى قد كان باعه بغبن فاحش، صح منه الدعوى الثانية، وقبلت بينته لعدم التنافى، يجوز أنه باع مكرهًا بغبن فاحش، فالجمع بين الدعويين ممكن من هذا الوجه.

١٧٠٠٣- وإذا ادعى عينًا فى يدى رجل ملكًا مطلقًا، ثم ادعاه فى وقت آخر على ذلك الرجل عند ذلك القاضى بسبب حادث، صح دعواه، ولو ادعى أولا الملك بسبب، ثم ادعاه بعد ذلك على ذلك الرجل ملكًا مطلقًا عند ذلك القاضى، لا يصح

دعواه، هكذا ذكر فى دعوى أجناس الناطفى[1] .

والفرق : أن الملك القديم يجوز أن يصير ملكًا حادثًا ؛ لأن المملوك أول من أمس يجوز أن يصير مملوكًا أمس ملكًا حادثًا بسبب حادث، بأن يبيعه ثم يشتريه، فالتوفيق بين الدعويين ممكن، فيصح الدعوى الثانى، فأما الملك الحادث لا يجوز أن يصير ملكًا قديمًا ؛ لأن المملوك أمس لا يتصور أن يكون مملوكًا أول من أمس، فالتوفيق بين الدعويين غير ممكن، فلا يصح دعواه الثانى.

ولو ادعى النتاج أولا فى دابة ثم ادعاها بعد ذلك بسبب[2] عند ذلك القاضى، ينبغى أن لا يصح دعواه الثانى، بخلاف ما إذا ادعى الملك المطلق أولا، ثم ادعاه بعد ذلك بسبب عند ذلك القاضى.

والفرق : أن دعوى النتاج على ذى اليد لا يحتمل دعوى ملك حادث من جهته، إذ لايتصور التملك بالنتاج من جهة غيره، ألا ترى أنه لو كان ادعى أن هذه الدابة ملكه بالنتاج من جهة ذى اليد، لم تكن دعواه صحيحة، فلا يمكن أن يجعل كلامه الثانى بيانًا لكلامه الأول، بل يكون كلامًا آخر مخالفًا لكلامه، فيصير متناقضًا، أما دعوى الملك المطلق على ذى اليد يحتمل دعوى ملك حادث من جهة ذى اليد، فأمكن أن يجعل كلامه الثانى بيانًا لكلامه الأول، وبالبيان يتقرر الكلام، ولا يتناقض.

وإذا قال عند غير القاضى : هذا العين ملكى بسبب الشراء من فلان، أو قال : بسبب الإرث من فلان، ثم ادعى ذلك العين عند قاضٍ من القضاة ملكًا مطلقًا، فالقاضى لا يسمع دعواه إذا ثبت عنده، أنه قد قال قبل هذا : إن هذا العين ملكى بسبب كذا، وهذا إذا كان ادعى الشراء من رجل معلوم، بأن ذكر اسم ذلك الرجل واسم أبيه واسم جده، أو ما أشبه ذلك من الأسباب التى يقع بها التعريف، فأما إذا كان ادعى الشراء من رجل مجهول، بأن قال : اشتريته من محمد، ولم يزد عليه، ثم ادعاه بعد ذلك عند القاضى ملكًا مطلقًا، فالقاضى يسمع دعواه، وإن ثبت عند القاضى أنه قد قال قبل هذا : إن هذا العين ملكى بسبب كذا.

---

(١) وفى الأصل : "أجناس الناطفى، وفى الصور، وعليه الفتوى".

(٢) هكذا فى ظ وم، وكان فى الأصل وف : "ثم ادعاها ملكًا مطلقًا عند ذلك القاضى. . . إلخ".

والفرق : أنه إذا ادعى الشراء من غيره ، فقد أقر بالملك لذلك الغير ؛ لأن كل مشترٍ مقر لبائعه فيما اشترى منه ، وقد صح هذا الإقرار منه إذا كان البائع معلومًا ؛ لأنه إقرار بالمعلوم للمعلوم ، فيثبت به الملك لفلان بإقراره ، وبعد ما يثبت الملك لفلان لا يمكنه إثباته لنفسه إلا بسبب يوجب الانتقال ، ودعوى الملك المطلق بعد ذلك لا يتعرض لسبب الانتقال ، فلا يثبت به الانتقال ، وهو المحتاج إليه ، وفيما إذا كان البائع مجهولا لم يصح منه هذا الإقرار ؛ لأن الإقرار للمجهول لا يصح ، فصار كأنه لم يدّع الشراء أصلا ، وهناك يصح منه دعوى الملك المطلق ، فههنا كذلك ، وإذا ادعى دارًا فى يدى رجل ملكًا بسبب الشراء ، وظهر أن الدار المدعى به يوم الدعوى لم تكن فى يد المدعى عليه ، بل كانت فى يد غيره ، ثم هذا المدعى ادعى هذه الدار فى مجلس آخر على صاحب اليد ملكًا مطلقًا ، فقد قيل : يسمع دعواه ؛ لأن الدعوى الأول وقع باطلا ، فصار وجوده ، والعدم بمنزلة ، وقيل : لا تسمع دعواه ، وهو الصحيح ؛ لأن بدعوى الأول ادعى استحقاق الدار لنفسه بسبب ، وهذا أمر له ، وأقر أنه ليس حق دعوى الدار بعد ذلك لنفسه ملكًا مطلقًا ، وهذا أمر عليه ، فإن لم يعتبر دعواه الأول فى حق إثبات استحقاق الدار لنفسه ، يعتبر فى حق بطلان دعواه الملك المطلق لنفسه بعد ذلك .

توضيحه : أن دعواه الدار على غير صاحب اليد بسبب كذا لا يكون أدنى حالا من إقراره أن الدار بسبب كذا عند غير صاحب اليد ، وذلك يبطل دعواه الدار ملكًا مطلقًا بعد ذلك ، فكذلك دعواه .

١٧٠٠٤- سئل القاضى الإمام شمس الإسلام محمود الأوزجندى عمن ادعى نصف دار معين فى يدى رجل ، ثم ادعاه بعد ذلك جميعًا ، قال : لا يسمع دعواه ، ولو كان على العكس يسمع دعواه ، والصواب أنه يسمع فى الوجهين جميعًا ، إلا إذا كان قال وقت دعوى النصف : لا حق لى فيها سوى النصف ، فحينئذٍ لا يسمع دعواه جميعها لمكان التناقض ، وبدونه لا تناقض ، فيصح الدعوى .

١٧٠٠٥- وذكر فى آخر بيوع "الزيادات" : رجل اشترى من رجل عبداً ، ثم إن البائع ادعى أنه كان فضوليًا فى هذه البيع ، وأراد استرداد العبد من يد المشترى ، وأنكر المشترى ذلك ، أو ادعى المشترى أن البائع كان فضوليًا فى هذا البيع ، وأراد رد العبد

واسترداد الثمن، لا يصح دعواه؛ لأن إقدامه على هذا العقد إقرار منه بصحة هذا العقد ونفاذه، وذلك بالملك له أو بالأمر من المالك، فالذى يدعى كونه فضوليّا فى البيع ينكر نفاذه بعد ما أقر به، وإنه تناقض ظاهر، وإن أراد أن يقيم بينة على ما ادعى من كونه فضوليّا فى البيع، لا تسمع بينته، وكذلك لو لم يكن له بينة وأراد أن يحلف صاحبه على ما ادعى من كونه فضوليّا فى البيع، ليس له ذلك؛ لأن سماع البينة والتحليف يترتب على صحة الدعوى، وهذه الدعوى لم تصح ههنا لمكان التناقض.

١٧٠٠٦- ذكر فى "المأذون الكبير": العبد المأذون إذا اشترى عبداً وقبضه، ثم أقر أن هذا العبد الذى اشتراه من فلان قد كان فلان أعتقه قبل أن يبيعه منه، فاشتراه وهو حر، وأنكر البائع ذلك، فإن العبد مملوك له على حاله، ولا يصدق المأذون فيما أقر به على البائع؛ لأن المشترى من البائع لو كان حرّا، وأقر بمثل ما أقر به المأذون، لا يصدق فيما إذا أقر به على البائع، فكذا إذا كان المشترى مأذونًا، إلا أن المشترى إذا كان حرّا، فالعبد يعتق عليه بحكم إقراره، وإذا كان عبداً مأذونًا، فالعبد لا يعتق عليه؛ لأن هذا إقرار بحرية طارئة بعد الرق، وإنه صحيح من الحر غير صحيح من العبد المأذون.

ولو كان العبد المأذون لم يقر بذلك، وإنما أقر أن البائع كان باع هذا العبد من فلان قبل أن يبيعه[1] منى، وصدقه فلان فى ذلك وكذبه البائع، فإن المأذون لا يصدق فيما ادعى على البائع حتى لا يسترد الثمن من البائع، ويصدق فى حق نفسه حتى يؤمر بدفع العبد إلى فلان؛ لأن المأذون أقر بعين فى يده أنه لأجنبى، وإقرار المأذون بذلك صحيح فى حق نفسه.

وإن أقر البائع بما ادعاه المأذون، رجع المأذون على البائع بالثمن، وكذلك لو أقام المأذون البينة على ما ادعى على البائع أو حلف المأذون البائع على ما ادعى ونكل، رجع المأذون على البائع بالثمن، فقد جمع محمد رحمه الله بين ثلاثة فصول إقرار البائع بما ادعاه المأذون، وإقامة المأذون البينة على البائع، وتحليف المأذون البائع على ما ادعاه، وأجاب فى الكل أن المأذون يرجع على البائع بالثمن، وهذا الجواب ظاهر فى فصل الإقرار؛ لأن أكثر ما فى الباب أن دعوى المأذون لا يصح، لمكان التناقض، وصار من

(١) هكذا فى ظ ف م، وكان فى الأصل: "أن يعتقه".

حيث التقدير كأنه لم يدع، فإقرار البائع يصح؛ لأن الدعوى ليس بشرط لصحة الإقرار، وإذا صح إقرار البائع لزمه رد الثمن؛ لأن المبيع لم يسلم للمأذون من جهة البائع بزعمه، والمأذون صدّقه فى ذلك، فكان له أن يرجع بالثمن.

أما مشكل فى فصل إقامة البينة وفى تحليف البائع، وكان ينبغى أن لا يسمع البينة من المأذون على ما ادعى، ولا يكون له حق تحليف البائع على ما ادعى؛ لأن سماع البينة يترتب على دعوى صحيحة، وكذا حق التحليف يترتب على دعوى صحيحة، وهذا الدعوى من المأذون لم تصح؛ لمكان التناقض؛ لأنه يدعى أن البائع باع منه المغصوب، وإقدامه على الشراء إقرار منه أن المشترى ليس بمغصوب، فهو معنى قولنا: إن المأذون متناقض فى هذه الدعوى، والتقريب ما ذكرنا.

وقد وضع محمد رحمه الله هذه المسألة فى "الزيادات" وفى "الجامع الصغير"[1]، وذكر أن المشترى لو أقام البينة على ما ادعى من بيع البائع المبيع من غيره قبل أن يبيعه منه، إنه لا يسمع دعواه، ولو أراد أن يحلف البائع على ذلك، ليس له ذلك؛ لأن دعواه لم يصح لمكان التناقض على ما ذكرنا، فلا يترتب عليه سماع البينة والتحليف. فمن مشايخنا من لم يصحح ما ذكر فى المأذون، ومنهم من صححه، واختلفوا فيما بينهم، قال بعضهم: فى المسألة روايتان، على رواية "الزيادات" و"الجامع": لا يسمع البينة، ولا يحلف على البائع، وعلى رواية المأذون يسمع البينة ويحلف البائع.

وجه ما ذكر فى المأذون أن التناقض ثابت من حيث الظاهر، لا من حيث النص، فإن المشترى لم يقر نصّا أن البائع ليس بغاصب، وإنما أثبتنا هذا الإقرار من حيث الظاهر، فإن الظاهر أن العاقل المسلم لا يشترى من الغاصب، والظاهر يصلح حجة للدفع، لا للإبطال، فلم يجز إبطال بينة المشترى بالمناقضة الثابتة من حيث الظاهر، فكانت البينة مقبولة، واليمين مستحقة حتى لو أقر المشترى نصّا أن البائع ليس بغاصب، وأنه بسبيل من يبيعه، ثم ادعى أنه كان غاصبًا، ولم يكن بسبيل من بيعه، لم يصح دعواه، ولم يسمع بينته على الروايات كلها، وقال بعضهم: ما ذكر فى "الزيادات" و"الجامع" قياس، وما ذكر فى المأذون استحسان.

---

(١) هكذا فى ظ ف م، وكان فى الأصل: "أن يعتقه".

١٧٠٠٧- وفي "الأجناس" : مشترى الأرض إذا أقر أن الأرض المشتراة مقبرة أو مسجد، وأنفذ القاضي إقراره بحضرة من يخاصمه، ثم أقام المشترى البينة على البائع ليرجع بالثمن عليه، قبلت بينته.

١٧٠٠٨- وفي "فتاوى أبي الليث" : دار في يدى رجل ادعى أخوه شركة فيها من جهة أنهما ورثاها من أبيهما فلان، فقال الذى في يديه الدار : ما كان لأبى في هذه الدار حق، أو قال : ما كانت هذه الدار لأبى، ثم إنه أقام البينة أنه كان اشترى هذه الدار من أبيه في حياته وصحته، قبلت بينته؛ لأن التوفيق بين الكلامين ممكن، فإنه يمكنه أن يقول : لم يكن لأبى وقت الموت، ولم يصر ميراثًا بيننا؛ لما أنه قد كان باعها منى قبل ذلك، ولو قال : لم يكن لأبى قط، أو قال : لم يكن لأبى فيها حق قط، ثم ادعى الشراء بعد ذلك من أبيه، لم يسمع دعواه، ولم تقبل بينته؛ لأن التوفيق ههنا غير ممكن.

وإن ادعى إقرار الأب في هذه الصورة بعد ذلك، تسمع دعواه؛ لأن التوفيق بين دعوى إقرار الأب بالدار، وبين ما تقدم من مقالته : إنها لم تكن لأبيه ممكن؛ لأنه يمكنه أن يقول : ما كانت لأبى؛ لأنها كانت لى، وقد أقر لى بها، وإقرار الإنسان بالعين لغيره إذا لم يكن مملوكًا صحيح.

١٧٠٠٩- وفيه أيضًا : رجل اشترى كرمًا من امرأة، وادعى ابنها وهو غير بالغ أن هذا الكرم له ورثه من أبيه، وصدّقته الأم، وزعمت أنها ما كانت وصية بجهة صحيحة يوم البيع، وقد كانت أقرت يوم البيع أنها كانت وصية من جهة أبيه، قال : دعوى الابن باطل إلا أن يكون مأذونًا في التجارة، أو مأذونًا في الخصومة من جهة من له عليه ولاية، وتصدق المرأة على نفسها، فتضمن قيمة ما باعته، ولا يصدق على المشترى، ووجوب الضمان عليها قولهما، وإحدى الروايتين عن أبي حنيفة بناء على ما مر قبل هذا أن في وجوب ضمان العقار بالبيع والتسليم روايتان عن أبي حنيفة.

١٧٠١٠- رجل مات وترك ابنين وبنتين، فادعى أحد الابنين مع إحدى البنتين أن أبانا باع هذه الدار منا في حال صغرنا، وأبرأنا من الثمن، واليوم هذه الدار ملكنا أثلاثًا، ثلثاه للابن وثلثاها للبنت، فقد قيل : لا يصح هذه الدعوى؛ لأن قولهما في الابتداء باع هذه الدار منا يوجب التسوية بينهما، وقد صرّحا بالمثالثة في الانتهاء، ولكن هذا بعيد؛

لأن قولهما فى الابتداء باع هذه الدار يحتمل المثالثة، ألا ترى أن من قال لرجلين : بعت منكما هذا العين على أن ثلثاه لهذا، وثلثه بالمثالثة فى الانتهاء، تعين ما احتمله ابتداء الكلام، وإنه لا يوجب تناقضًا، ولكن ينبغى أن يبينا أن البيع كان فى حالة الصحة، وبدونه لا تسمع دعواهما ؛ لأن البيع من الوارث فى مرض موت المورّث لا يصح عند أبى حنيفة أصلا .

١٧٠١١- ادعت المرأة مهر المثل، ثم ادعت بعد ذلك المسمى، يسمع دعواها الثانى، ولو ادعت المسمى أولا، ثم ادعت مهر المثل لا يسمع دعواها الثانى ؛ لأن فى الوجه الأول الجمع بين الدعويين ممكن، ولا كذلك فى الوجه الثانى .

١٧٠١٢- فى "مجموع النوازل" : رجل ادعى على رجل عند القاضى أنه غصب منه غلامًا تركيّا، وبيّن صفاته، وطلب إحضاره ليدعيه، ويقيم عليه الحجة، فأحضر المدعى عليه غلامًا بعض صفاته يخالف بعض ما وصفه المدعى، فادعى المدعى هذا العبد، وقال : هذا العبد ملكى، وأقام عليه البينة، سمع دعواه، وقبل منه البينة، هكذا ذكر، وهذا الجواب مستقيم فيما إذا قال : هذا العبد ملكى، ولم يزد عليه، ويجعل كأنه أنشأ، وكذلك هذا الجواب مستقيم أيضًا فيما إذا قال : هذا العبد ملكى أيضًا، ويصير مدعيًا عبدين، وأما إذا قال : هذا العبد هو العبد الذى ادعيته أولا، لا يسمع دعواه لمكان التناقض .

١٧٠١٣- وإذا ادعى رجل على غيره أنه أخوه، وادعى عليه النفقة، فقال المدعى عليه : هو ليس بأخى، ثم مات المدعى، فجاء المدعى عليه يطلب ميراثه، وقال : هو أخى، لا يعتبر ذلك منه، ولا يقضى له بالميراث، ولو كان مكان دعوى الأخوة دعوى البنوة، أو دعوى الأبوة، وباقى المسألة بحالها، يقبل ذلك منه، ويقضى له بالميراث .

والفرق : أن دعوى الأخوة وأشباهها والإقرار بها العبرة لدعوى المال، ألا ترى أن من أقر أن فلانًا أخوه، ولا يدعى عليه مالا بسبب هذه الدعوى، لا تصح دعوته، فعلم أن العبرة فى الإقرار بالأخوة وأشباهها، وفى دعوتها وأشباهها فى دعوى المال، والتناقض فى دعوى المال مانع صحة الدعوى .

أما فى دعوى البنوة والأبوة والإقرار بهما لا عبرة لدعوى المال، بل هى مجرد

دعوى النسب، والتناقض فى دعوى النسب غير مانع صحة الدعوى.

١٧٠١٤- إذا ادعى المديون القضاء، وأنكر رب الدين ذلك، وحلف ثم إن المديون صالح رب الدين عن ذلك على شيء، ثم أقام البينة أنه كان قد قضاه الدين، هل تسمع بينته؟ اختلف المشايخ فيه، وذكر فى كتاب الصلح مسألة تدل على القبول، وصورتها: رجل استعار من آخر دابة، وهلكت الدابة تحت يد المستعير، وأنكر رب الدابة الإعارة، وصالحه المستعير على مال، جاز، فإن أقام المستعير بعد ذلك بينة على العارية، وقال: إنها نفقت قبلت بينته، ولو أراد استحلاف المعير، فله ذلك، وعندى أن الجواب فى مسألة الدين على التفصيل، إن صالحه عن الدين لا يقبل منه دعوى القضاء، لمكان التناقض؛ لأن الصلح عن الدين إقرار بقيام الدين وقت الصلح، وأنه مناقض دعوى القضاء قبل ذلك، وإن صالحه عن دعوى الدين، يقبل دعوى القضاء؛ لأنه لا تناقض ههنا.

١٧٠١٥- وفى "المنتقى": رجل له على رجل ألف درهم، فقال المدعى عليه: ما كان لك على ألف درهم قط، وقد ادعيت هذه الألف أمس، فدفعتها إليك، فقال المدعى: ما قبضت منك شيئًا، وإن لى عليك ألف درهم، فصالحه من دعواه على خمسمائة درهم، ثم إن المدعى عليه جاء ببينة، فشهدت الشهود أنهم رأوا المدعى عليه دفع إلى المدعى أمس ألف درهم، لم ألتفت إلى هذه الشهادة؛ لأن هذا إنما افترى يمينه بها.

ولو أن المدعى عليه قال للمدعى حين ادعى: صدقت قد كان لك على ألف درهم، لكنى قد قضيتكها أمس، وقال المدعى: ما قضيتنى شيئًا، فدفع الألف إليه، أو صالحه على خمسمائة، ثم شهد الشهود للمدعى عليه أنه دفع إليه الألف بالأمس، كان له أن يرجع عليه بما أعطاه، والصلح باطل.

١٧٠١٦- وفى دعوى "المنتقى": رجل ادعى دارًا فى يدى رجل، وهو يجحد، فقال المدعى للقاضى: هذه دارى وشهودى عليها غيّب، فأسأله أن يبيعها منى، فسأله القاضى، فأبى أن يبيعه، فالمدعى على دعواه، هكذا حكاه عن محمد رحمه الله، فلم يجعل طلب المدعى من القاضى سؤال البيع من المدعى عليه تناقضًا فى دعوى رقبة الدار

بعد ذلك، وأشار إلى المعنى، فقال: لأنه فسّر ذلك، وقاسها على مسألة ذكرت فى شفعة "المنتقى"[(١)]، صورتها: رجل باع داراً فى جوار رجل هو شفيعها، والشفيع يزعم أن الدار المبيعة له، فقال الشفيع للقاضى: هذه دارى أنا أدعى رقبتها، لا تبطل شفعتها لدعواه الرقبة أن فى مسألة الشفعة فى "المنتقى" ذكرت فى موضعين فى باب واحد فى أول الباب ذكرت على نحو ما ذكرنا، وفى آخر الباب: ذكرت أن بدعوى الرقبة تبطل شفعته، فعلى قياس ما ذكر فى آخر الباب: ينبغى أن يبطل دعواه فى الرقبة فى المسألة بسؤال البيع.

١٧٠١٧- وفى دعوى "المنتقى" عن أبى يوسف: فى الشفيع إذا ادعى أن الدار المشتراة له، وأن لى بينة غيب، أو قال: لا بينة لى، ولكن أخذه بالشفعة، قال: طلب الشفعة إقرار بأنها ملك البائع، ولا أقبل بينته على الملك إن جاء بها، فعلى قياس هذا: ينبغى أن تبطل دعواه فى الرقبة عند أبى يوسف بسؤال البيع فى المسألة المتقدمة؛ لأن سؤال البيع إقرار أن الدار ملك البائع.

١٧٠١٨- وفى "المنتقى" فى كتاب الدعوى ابن سماعة عن محمد: رجل ادعى على رجل أنه أخذ منه مالا، وهو كذا كذا ألف درهم، ووصفه بصفة معروفة، فأقام المدعى عليه بينة أن هذا المدعى أقر أن هذا المال المسمى المفسر[(٢)] أخذ منه فلان، وأنكر المدعى ذلك، فليس هذا بإبطال لدعوى المدعى، ولا بإكذاب لبينته؛ لأن الإكذاب إنما يثبت لمكان التنافى، ولا منافاة بين الأخذين إذا خلت الشهادتان عن الوقت، فيجوز أن يكون فلانًا أخذه، ثم رده عليه، فأخذه هذا المدعى عليه.

١٧٠١٩- وفى أقضية "المنتقى" ابن سماعة عن أبى يوسف: رجل ادعى على رجل ألف درهم ومائة دينار، وكانت الألف بصك قد كتب عليه، وكتب أن لا شىء عليه غيرها، وكانت المائة الدينار بصك قد كتب عليه، وكتب أن لا شىء عليه غيرها، والوقت واحد، أو لا وقت فيهما، فالمال كله لازم، قال: ألا ترى أنه لو قال: لى عليه ألف درهم، ولا مال لى عليه غير ذلك، أو قال: لى عليه مائة دينار، ولا مال لى عليه

---

(١) هكذا فى "مظ"، وفى الأصل: فى شفعة مسألة المنتقى.

(٢) وفى الأصل: "العشر".

غير ذلك، ثم ادعى عليه ألف درهم، جاء ببينته على ذلك أني أقبل البينة، وألزمه المالين، ويكون معنى قوله: لي عليه ألف درهم، ولا مال لي عليه غير ذلك من جنس الدراهم، ومعنى قوله: لي عليك مائة دينار، ولا مال لي عليه غير ذلك من جنس الدنانير، كذا ههنا.

١٧٠٢٠- وذكر المعلى: قال سألت محمداً عن رجل ادعى على رجل مائة دينار في صك، وألف درهم في صك، وفي كل واحد من الصكين قد كتب: وهو جميع مالي عليه، وأقام بينة على كل واحد من الصكين، قال: عليه أحد المالين يعطيه أيهما شاء، وروى هشام عنه: أنه لايلزمه شيء.

١٧٠٢١- عين في يدي رجل وهو يقول: هذا العين ليس لي، لا يصح نفيه حتى لو ادعى هذا العين بعد ذلك رجل، وادعاه ذو اليد أيضًا، وقال: هو لي صح دعوى ذي اليد، وهذا باتفاق الروايات إذا لم يكن وقت ما قال ذو اليد: هذا العين ليس لي هناك منازع يدعي العين لنفسه، وإن صار ذو اليد متناقضًا إلا أن هذا التناقض ليس بضارّ؛ لأن قوله: هذا العين ليس لي، إذا لم يكن منازع لا يثبت لغيره حقًا، وإن كان هذا إقرارًا على نفسه ينفي الملك، وكل إقرار لايثبت على المقر حقًا لغيره وجوده، والعدم بمنزلة، وإن كان حال ما قال ذو اليد هذا العين ليس لي هناك منازع يدعي هذا العين لنفسه، صح نفيه حتى لو قال ذو اليد بعد ذلك: هو لي، لا يلتفت إلى قوله: هو لي، ويقضى لخصمه بالعين على رواية "الجامع"، وعلى رواية كتاب الدعوى لا يصح نفيه، ويصح دعواه بعد ذلك العين لنفسه.

فالحاصل أن قول صاحب اليد هذا: العين ليس ملكي عند وجود المنازع على رواية "الجامع" إقرار بالملك فيه للمنازع، وذكر هذه المسألة في كتاب الأقضية في موضعين، وجعل قوله هذا العين ليس بملكي عند وجود المنازع إقرارًا بالملك له[1] في أحد الموضعين، ولم يجعله إقرارًا بالملك في الموضع الآخر. ثم على رواية كتاب الدعوى: إذا لم يكن إقرارًا، وقد كان صاحب اليد هو ليس بملكي، وليس بمتعرض لهذا، فالقاضي لا يكتفي بهذا الجواب من المدعى عليه، بل سأله أ هو ملك المدعي؟ فإن

---

(١) هكذا في ظ وف وم، وكان في الأصل: "إقرار بالملك له فيه للمنازع في أحد الموضعين".

قال : نعم هو ملكه أمره بالتسليم إليه ، وإن قال : ليس بملكه ، وليس فى يده ، فالمدعى يثبت يده بالبينة .

١٧٠٢٢- إذا قال الوارث : هذه الدار لم تكن لأبى ، وإنها كانت وديعة فى يده لفلان سمى رجلا معروفًا ، ثم أقام البينة أن الدار كانت فى يد أبيه ، أخذها الذى فى يديه بعد موته ، أو أقام بينة أنه أخذها منه فى حياته ، ردت الدار إلى الابن إن كان موضعًا لها حتى يقدم المستودع ، وإن لم يكن موضعًا لها جعلت فى يدى عدل .

هذا إذا أقر لرجل معروف ، وإن لم يكن أقر لمعروف ، لكن قال : لم يكن هذه الدار لأبى ، ثم قال بعد ذلك : كذبت فى قولى أنها لم تكن لأبى ، بل كانت لأبى ، مات وتركها ميراثًا لى ، دفعت إليه الدار بعد ما تلومت ، فلم يحضر أحد يطلبها ، كمن فى يده دار أو ثوب ، قال : ليس هذا لى ، فالقاضى لا يأخذ ذلك من يده حتى يحضر أحد يدعيها ، وإذا قال : لا حق لى قبل فلان ، ثم ادعى عينًا فى يديه ، لا يسمع دعواه ، ولو أقر له فلان بعين فى يده ، صح إقراره .

١٧٠٢٣- وفى الباب الثانى من صلح شيخ الإسلام : وفى "نوادر هشام" قال : سألت محمدًا عن رجل قال : لا حق لى فى هذه الدار ، ولا خصومة ولا طلبة ، ثم جاء يزعم أنه وكيل فلان فى دعوى هذه الدار ، قبل ذلك منه ، إذا قال المدعى عليه وقت القضاء : العين المدعى ليس ملكى ، ولا هو فى يدى ، وقد كان قال وقت الدعوى : هو ملكى وحقى ، لايسمع منه هذا الكلام لمكان التناقض .

الفصل العشرون
فيما يبطل دعوى المدعى من قوله أو فعله

١٧٠٢٤- رجل ادعى على رجل مالا معلومًا، وأقام عليه البينة، ثم شهد على المدعى قوم جاء بهم المدعى عليه أنه أقر بعد هذه الدعوى وإقامة البينة أنه استوفى من هذا المال كذا وكذا درهمًا، هل يبطل بذلك دعوى المدعى وبينته؟ قالوا: المسألة على وجهين: إن كان الإقرار بلفظ يدل على استيفاءه هذا القدر قبل هذه الدعوى والبينة، بأن قال ما فيه بودم ازين مال أو بدى يافتم، أو قال: يافتم ازين مال أو بدى، لا يبطل دعواه ولا بينته؛ لأنه يمكنه أن يقول: استوفيت هذا القدر من المال بعد ما ادعيته، وأثبته بالبينة.

١٧٠٢٥- رجل ادعى على رجل أربعمائة درهم، وأنكر المدعى عليه ذلك، فأقام[1] المدعى بينة على دعواه، وقضى القاضى له بالأربع مائة، ثم إن المدعى أقر للمدعى[2] عليه بمائة درهم، قال أبو القاسم الصفار رحمه الله: يبطل عن المدعى عليه الثلاثمائة الباقية، وبه أفتى عبد الكريم؛ لأن بقدر المائة يقع المقاصة بين ما للمدعى على المدعى عليه، وبينما للمدعى عليه على المدعى، ويسقط ذلك القدر عن المدعى عليه، فيصير المدعى مكذبًا لشهوده، فإنهم شهدوا له بأربع مائة، وله عليه ثلاث مائة، وأفتى أبو أحمد بن عيسى بن النصر وغيره من أصحابنا أنه لا يبطل عنه الثلاث مائة الباقية؛ لأن بوقوع المقاصة لا يسقط الدين كما لا[3] يسقط بالقضاء، إنما تسقط المطالبة لا غير، ألا ترى أن هذا القضاء والمقاصة لو أبرأ رب الدين المديون عن الدين يصح، فلم تسقط المائة ههنا عن المدعى عليه، فلا يتحقق التكذيب، فلاتبطل الشهادة، فلهذا قالوا: لا تسقط الثلاث مائة الباقية -والله أعلم-.

---

(١) هكذا فى ظ وم، ، وكان فى الأصل وف: "فإن أقام".

(٢) هكذا فى ظ وم، وكان فى الأصل ف: "ثم إن المدعى أقر أن للمدعى عليه مائة".

(٣) هكذا فى الأصل وف وم، وكان فى ظ: "لا كما يسقط".

١٧٠٢٦- القاضى إذا فرض النفقة للمرأة على الزوج، فمضت مدة، واجتمعت عليه النفقة، وادعى أن المرأة كانت حرامًا عليه عند الفرض، وأقام البينة، فهذا القدر لا يبطل النفقة؛ لأنه يجوز أنها كانت حرامًا عليه، إلا أنها كانت فى العدة، فيستقيم فرض النفقة.

ولو ادعى الزوج الخلع معها على المهر، ونفقة العدة قبل فرض القاضى، صح الدعوى، وإذا أقام البينة على ذلك، قبلت بينته، وبطل الفرض.

١٧٠٢٧- فى "المنتقى" بشر عن أبى يوسف رحمه الله: رجل استعار من آخر ثوبًا، ثم أقام بينة أن الثوب لابنه الصغير، قبلت بينته، فلم تكن الاستعارة على هذه الرواية إقرارًا بملك المستعار منه، وذكر بعد هذه المسألة بمسائل، إذا قال الرجل لغيره: أسكنى هذه الدار، أعرنى هذه الدابة، ثم ادعاه بعد ذلك لنفسه، لم تقبل حجته، وجعل الاستعارة إقرارًا بالملك للمستعار منه، ولو قال: ادفع إلى هذه الدار، اسكنها، فأبى أن يعطيه، ثم إن هذا السائل ادعاها بعد ذلك لنفسه، فهو على حجته، وكذلك إذا قال: أعطنى هذا الثوب ألبسه، أعطنى هذه الدابة أركبها.

١٧٠٢٨- وفى "نوادر إبراهيم" عن محمد: إذا شهد شاهدان أن لهذا الرجل على هذا الرجل ألف درهم، وعلى هذا الرجل الآخر مائة دينار، فقال المشهود له: أما ألف درهم فنعم، وأما المائة الدينار فباطل، قال: تبطل الشهادة فى الرجلين جميعًا، وكذلك لو شهدا أنه غصبه هذين الثوبين، فقال المشهود له: أما أحدهما فلم يغصبه، بطلت الشهادة.

ولو شهدا أن لفلان على فلان ألف درهم، وقضاه منها خمسمائة، وكذبهما المدعى فى القضاء، فالشهادة جائزة، وروى بشر فى "نوادره" عن أبى يوسف: فى رجلين شهدا أن لهذا على هذا ألف درهم قد اقتضى منها مائة، وقال المدعى: لم أقبض شيئًا، قال أبو حنيفة رحمه الله: أقضى له بالألف وأجعله مقضيًا المائة، قال بشر: وهو قول أبى يوسف.

١٧٠٢٩- رجل ادعى دارًا فى يدى رجل أنها داره، اشترى منه منذ شهر، وأقام شاهدين، فشهدا على وقت الشراء، أو أقل، فشهادتهما جائزة، ولو شهدا على أكثر

من ذلك، لم تجز شهادتهما.

١٧٠٣٠- وفى "نوادر بشر" عن أبى يوسف: شاهدان شهدا على رجل أنه طلق امرأته ثلاثًا، فأنفذ القاضى شهادتهما، ثم ادعى أحد الشاهدين أنها امرأته تزوجها قبل الذى طلقها، وأتى على ذلك بينة، والمرأة تجحد، لا تقبل ذلك منه، وكذلك لو لم يكونا شهدا أنها امرأته، وإنما شهدا أنه طلق هذه ثلاثًا، وكذلك هذا فى العتق والبيع وغير ذلك. إذا جحد البائع دعوى الشاهدين، وقال: المتاع لى، وكذلك إذا قال الشاهدان: نحن أمرناه بالبيع؛ لأن ما نفذ[1] من الحكم بشهادتهما بمنزلة الإقرار منهما بأنه لا حق لهما فيه، ولا فى ثمنه، وسواء كان البائع جاحدًا للبيع، أو كان المشترى جاحدًا للشراء، ولو شهدا، فرد الحاكم شهادتهما، ثم ادعياه لأنفسهما، فليس لهما فى ذلك دعوى، فإن لم يشهدوا عليه عند الحاكم، ولكن شهدا المبايعة، وختما على الشراء من غير إقرار بكلام، فإن هذين لا يقبل لهما دعوى.

١٧٠٣١- وروى عن محمد: فى رجل شهد على رجل أنه طلق هذه المرأة، ولم يشهد أنها امرأته، وقال: لم أعرفها، ولم أكن دخلت بها، قبلت بينته.

وكذلك لو شهدا على إقرار المرأة أنها امرأته، ولم يشهدا أنها امرأته، فأجاز القاضى عليها إقرارها، وجعلها امرأته، ثم أقام الشاهد بينة أنه تزوجها منذ سنة، وإنى لم أعرفها، قبلت بينته، ويبطل قضاء القاضى، ويردها على الشاهد، فصار مسألة الطلاق مختلفة بين أبى يوسف ومحمد.

١٧٠٣٢- رجل فى يديه مملوك، ادعاه رجل أنه مملوكه، والذى فى يديه يجحده، وادعاه لنفسه، فحلفه القاضى ما هو لهذا المدعى، فأبى أن يحلف، وقضى القاضى عليه بنكوله، فقال الذى كانت فى يده: قد كنت اشتريته منه قبل الخصومة، وأقام على ذلك بينة، قبلت بينته، وقضى له به، ولا يكون إباء اليمين إكذابًا للشراء، ولو أقام بينة على أنه لى، ولد فى ملكى، أو أقام بينة على أنى اشتريته من فلان، يريد به رجلا آخر سوى المدعى، وقد ولد فى ملكه لا تقبل منه البينة، وإذا شهد شاهدان أن الدار التى فى يد هذا لفلان، فقال المشهود له: هذا البيت من هذه الدار لفلان، ليس هو لى، فقد أكذب

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وف وم: "لأن ما بعد أن الحكم بشهادتهما".

شهوده، فإن كان هذا قبل القضاء لم أقض لا له ولا لفلان بشيء، وإن كان بعد القضاء قال: هذا البيت لفلان، ولم يكن لى، أجزت إقراره لفلان، وجعلت البيت له، ورددت ما بقى من الدار على المدعى عليه، وضمنته قيمة ذلك البيت، يعنى للمشهود عليه، ولأبى يوسف فيها قول آخر، أنه يضمن قيمة البيت للمشهود عليه، ويكون ما بقى من الدار له، يعنى للمشهود له.

١٧٠٣٣- وفى "الإملاء" عن محمد: ثوب فى يدى رجل أقر أنه لفلان، ثم قال بعد ما سكت: بعته منه بمائة درهم، وقال فلان: هو لى من غير البيع، قبلت بينته، ولم يكن إقراره إكذابًا بالبينة، ولو كان المقر وصل كلامه، فقال: هذا لفلان بعته منه بمائة دينار، قبل قوله، ولم يخرج من يده إلا بما قال.

١٧٠٣٤- عبد فى يدى رجل قال لصاحب اليد: هذا عبدك، ثم ادعى المقر بعد ذلك أنه عبده، باعه من المقر له بألف درهم، لم يصدق على ذلك، فإن قال المقر له: هذا العبد كان للمقر قبل أن يقر لى به، فقد وجب حق المقر الأول فى العبد، فيقال للمقر له: أقم البينة على انتقاله منه إليك.

١٧٠٣٥- وفى "نوادر عيسى بن أبان": ثلاثة نفر أقاموا بينة على رجل بمال لهم قبلهم من ميراثهم عن أبيهم، فقضى القاضى به لهم، ثم إن أحدهم قال بعد ذلك: ما لى فى هذا المال الذى قضى لنا به على فلان من حق، وإنما هذا لإخوتى، قال: لا يبطل بهذا القول عن المقضى عليه شيء إلا أن يقول: ما كان لى أصلا فى هذا المال شيء، وما هو إلا لإخوتى، فحينئذٍ يبطل حقه عن المقضى عليه.

ولو قال: قبل أن يقضى القاضى له بالمال: مالى فى هذا المال حق، وما هو إلا لإخوتى، فيسأل عن ذلك بأى وجه صار لهما دونك، وإنما ادعيتم من ميراث أبيكم، فإن جاء بوجه يكون له فيه من قوله: مخرج قبل منه، وإن قال: هذا القول، ثم مات، قضى القاضى للأخوين بالثلث، وترك نصيب المقر.

ولو كان الذين أقاموا البينة هم الذين ولوا معاملتهم، ولم يدعوا المال عليه من الميراث، ولكن من شيء بايعوه له، ثم قال أحدهم: ما المال إلا لهذين مالى فيه حق، كان المال كله لهذين، ولم يبطل عن المدعى عليه شيء؛ لأنه قد يكون المال لرجل باسم

رجل، فقال رجل: يعمل به رجل آخر.

١٧٠٣٦- رجل أقر، وقال: هذا العبد تركه فلان ميراثًا، ثم ادعى أن فلانًا الميت، وأوصى له بثلثه، وأقام على ذلك بينة، قبلت بينته، ألا ترى أنه يقال: تركه ميراثًا وأوصى به لى. وكذلك لو قال: تركه ميراثًا، ثم ادعى هبته فى صحته لم أسمع دعواه، ولم أقبل بينته، وفى "نوادر هشام" قال: سألت محمدًا عمن تزوج امرأة ثم ادعى أنه اشتراها ممن يملكها، قال: لاأقبل بينته على ذلك حتى يشهدوا أنه اشتراها من فلان وهو يملكها بعد التزوج، وكذلك لو ساوم بدار فى يدى رجل، ثم ادعى أنها له اشتراها من فلان وهو يملكها، لم أقبل ذلك[1] منه حتى يشهدوا أنه اشتراها من فلان بعد ذلك، وأقر الذى فى يديه الدار أنه وكيل البائع.

١٧٠٣٧- جارية منقبة فى يدى رجل اشتراها منه رجل وهو بحضرتهما[2]، فلما حلت نقابها، قال المشترى: هذه جاريتى، ولم أعرفها للنقاب، لا يقبل دعواه ولا بينته، وإن ساومه بمتاع فى جرابٍ مدرج، وقال البائع: هذا هروى، فلما أخرجه من جرابه ونشره وراءه قال: هذا متاعى، قبلت بينته، وكذلك لو اشترى منه ثوبًا فى منديل فقال له البائع: أبيعك هذا الثوب الذى فى هذا المنديل، فلما اشتراه فأخرج له الثوب من المنديل، وقال المشترى: هذا ثوبى، ولم أره، قال: أقبل دعواه وبينته.

قال محمد رحمه الله: أنا أنظر فى ذلك الشيء، فإن كان يمكن أن يكون ساومه وهو يعرف مثل الجارية المنقبة القائمة بين يديه، فهذا يمكن أن يعرف به، ويمكن أن لا يعرف، فلايقبل قوله: إنى لم أعرفه إلا أن يصدقه الذى فى يديه أنه لم يعرفه، فتقبل بينته حينئذٍ، وإذا كان شيئًا لا يمكن أن يساومه وهو يعرف مثل ثوب فى منديل لا يراه، أو جارية قاعدة على رأسها كساء وغطاء لا يرى منها شيء، أقبل بينته عليه.

١٧٠٣٨- وفى "نوادر ابن سماعة" عن أبى يوسف: فى رجلين شهدا لرجل، وقالا: نشهد أن فلانًا غصب عبده هذا، ولكنه قد رده عليه بعد ذلك، فمات عند مولاه، وقال المغصوب منه: ما رده علىّ، وإنما مات عند الغاصب، وقال المشهود

---

(١) وفى الأصل: "لم أقبل بينته حتى . . . إلخ".

(٢) وفى الأصل: "بحضرتها".

عليه: ما غصبته ولا رددته عليه، وما كان من هذا شىء، قال: إذا لم يدع شهادتهما، يعنى الرد، ضمّنه[1] القيمة.

وكذلك لو شهدا أنه غصب عبدًا له، وأن مولاه قتله فى يد الغاصب، وقال المغصوب منه: ما قتلته، ولكن مات عند الغاصب، وقال المشهود عليه: ما غصبت ولا قتل المشهود له عبدًا له فى يدى، وكذلك لو شهدوا أن لهذا على هذا ألف درهم، ولكنه قد أبرأه منها، وقال المشهود له: ما أبرأه من شىء، وقال المشهود عليه: ما كان له على شىء، ولا أبرأنى من شىء، قال: إذا لم يدّع شهادتهما على البراءة، قضيت عليه بالألف.

١٧٠٣٩- رجل شهدت له بينة على رجلين، أن له عليهما ألف درهم، فقال الطالب: إن مالى على فلان هذا وحده خمسمائة، أو قال: إنما مالى على هذا وحده، قال أبو يوسف: ليس هذا إكذابًا للبينة.

١٧٠٤٠- بشر عن أبى يوسف: فى رجل ادعى شراء جارية من رجل، وأراد ردها بعيب العور، فجحد البائع، وقال: لم أبعك، فأتى المشترى بشهود له أنه ابتاعها منه وهى عوراء، وأقام البائع بينة أنه قد برئ إليه من العور، لم تقبل بينته على البراءة فى قول أبى حنيفة، وقال أبو يوسف: أقبلها، ليس هذا إكذابًا لشهوده، فإنه يمكنه أن يقول: أبرأنى، ولم أبعه حيث ظلمه، فطلبت إليه فأبرأنى.

١٧٠٤١- رجل ادعى دارًا ببينة فى يدى رجل أنها داره، وأقام البينة على ذلك، وذكر الشهود البناء فى شهادتهم، أو لم يذكروا، ثم ماتا أو غابا قبل أن يسألهما القاضى عن البناء، فالقاضى يقضى بالدار ببناءها للمدعى، فإن أقر المدعى بعد ذلك أن البناء للمدعى عليه، فهذا إكذاب لشهوده، وبطلت الشهادة والقضاء فى البناء والدار جميعًا، هكذا ذكر فى الأقضية.

وفى آخر شهادات "الأصل" قال: إذا ذكر الشهود البناء فى شهادتهم، ثم أقر أن البناء للمدعى، فهذا إكذاب لشهوده، وقد ذكرنا قبل هذا فى فصل على حدة، وإنما أوردناها ههنا ليفرق بين مسألة الدار وبين مسألة الحانوت، فإن من ادعى حانوتًا فى يدى

---

(١) وفى الأصل وف: "ضمنتهما".

رجل، وشهد الشهود بالحانوت للمدعى، ثم غاب الشهود، أو ماتوا قبل أن يسألهما القاضى عن البناء، فإن القاضى يقضى بالحانوت ببناءه للمدعى، فإن أقر المدعى بعد ذلك، فقال: آستانه اين دكان مدعى عليه كرده است، فهذا منه إكذاب لشهوده، وإن لم يذكر الشهود البناء فى شهادتهم، أما على رواية كتاب الأقضية: لا يحتاج إلى الفرق. وأما على رواية الأصل: يحتاج إلى الفرق.

والفرق أن الحانوت اسم للعرصة والبناء جميعًا، فالقاضاء بالبناء فى الحانوت لكون البناء مشهودًا به، فإذا أقر بالبناء بعد ذلك للمدعى عليه، يصير مكذبًا شهوده، ولا كذلك اسم الدار، فإنه اسم للعرصة، والبناء يدخل فيه بطريق التبعية، لا لكون البناء مشهودًا به، فلا يصير المدعى بالإقرار بالبناء للمدعى عليه مكذبًا شهوده. وكذلك فى هذه الصورة لو أن المدعى عليه ادعى كل البناء، أو بعضه لنفسه بعد ما قضى القاضى عليه بجميع الحانوت، لا تسمع دعواه، وإن لم يذكر شهود المدعى البناء فى شهادتهم، بخلاف مسألة الدار على رواية الأصل، والبيت فى هذا نظير الحانوت، لا نظير الدار، حتى لو ادعى رجل بيتًا[1] فى يدى رجل، وقضى القاضى له بالبيت وبناءه، ثم ادعى المدعى عليه البناء لنفسه، وأقام على ذلك بينة، لا تقبل بينته، ذكر الشهود البناء فى شهادتهم أو لم يذكروا.

وكذلك لو أقر المقضى له فى هذه الصورة أن البناء للمدعى، فهذا إكذاب منه للشهود، كما فى مسألة الحانوت؛ لأن البيت اسم للعرصة والبناء كالحانوت.

فى "مجموع النوازل": فيمن أوصى لرجل بألف درهم، فادعى الموصى له أنه ابن الميت، ولم تقم له بينة، فله أقل من الميراث ومن الألف، وقال محمد رحمه الله: الوصية باطلة، ولا شىء له -والله أعلم-.

---

(١) وفى م: "بناء".

الفصل الحادى والعشرون
فيما يكون جوابًا من المدعى عليه وما لا يكون
وما يكون إقرارًا منه وما لا يكون

١٧٠٤٢- رجل ادعى ضيعة فى يدى رجل أنها ملكه، فقال المدعى عليه: تأمل كنم ونگاه كنم، فهذا ليس بجواب، ويجبره القاضى على الجواب، وهذا لأن الدعوى وقع فى الملك، فجوابه أن يقر المدعى عليه، فيقول: نعم هذا ملكك، أو ينكر، فيقول: ليس هذا ملكك، وإذا قال المدعى عليه: اين محدود مرا بتو سپردنى نيست، أو قال: بتو تسليم كردنى نيست، فهذا ليس بجواب عند بعض مشايخنا؛ لما قلنا، وعند بعضهم هذا جواب، وهو الأصح، وفى دعوى الدين إذا قال المدعى عليه: من بتو چيزى دادنى نيست، فهذا ليس بجواب عند بعضهم، وعند بعضهم هو جواب، وهو الأشبه.

١٧٠٤٣- ادعى ضيعة فى يدى رجلين، فقالا: دو نيز او سه تيرا زين ضياع ملك ما ست ودر دست ما است ويك تير ملك فلان غائب است ودر دست ما امانت است، فهذا جواب تام، ولكن لا تندفع الخصومة عنهما عن السهم الآخر ما لم يقيما بينة على الوديعة على ما عرف.

١٧٠٤٤- وإذا قال فى دعوى الدين بسبب البيع، أو ما أشبه ذلك من اين را مبلغ بدين سبب دادنى نيستم، فهذا ليس بجواب هكذا قيل، وقد قيل: هذا إنكار لأصل الدين، فيكون خصمًا فى أصل الدين، وإذا قال فى دعوى الدين: مرا علم نيست مرا نيست، فهذا ليس بجواب.

١٧٠٤٥- وفى دعوى العقار إذا قال: هذا المحدود ملكى، ولم يقل: هو فى يد المدعى عليه، لايلزم المدعى عليه الجواب، وإذا قال: هو ملكى، وفى يد هذا المدعى عليه، فقال المدعى عليه للمدعى: اين محدود ملك تو نيست، فهذا على وجهين: إن قال: دردست منست وملك تو نيست، فهذا جواب، وإن لم يقل: دردست منست،

فهذا ليس بجواب، وقد قيل: إنه جواب، وهو الأشبه؛ لأن قول المدعى عليه فى العقار در دست منست غير معتبر، ولايثبت به يد المدعى عليه على المدعى، فلا بد من إقامة المدعى البينة على كونه فى يد المدعى عليه، وإذا أقام البينة على ذلك يصير خصمًا، سواء قال: هو فى يدى أو لم يقل.

١٧٠٤٦- وإذا ادعى منزلا فى يدى رجل، فقال المدعى عليه: عرصه ملك منست، فهذا ليس بجواب ما لم يقل: عرصه اين منزل كه دعوى مى كنى، وكذلك إذا قال الشاهد: عرصه ملك مدعى است، فهذه الشهادة ليست بتامة.

١٧٠٤٧- وإذا ادعى نكاح المرأة، فقالت: من زن اين مدعى نيم، فهذا جواب، ولو قالت: من زن مدعى نيم، أو قالت من زن وى كه مدعيست نيم، فإن أشارت إليه، فجواب، وإن لم تشر إليه، فقد قيل: إنه ليس بجواب، لجواز أن يكون فى المجلس مدع آخر، وهى أرادت بقولها: ذلك المدعى، لا هذا المدعى الذى ادعا نكاحها.

ادعى دارًا فى يدى رجل، فقال المدعى عليه: اين خانه حق منست، فهذا ليس بجواب؛ لأن الدعوى وقع فى الملك، والمدعى عليه لم يتعرض للملك، لا بالنفى عن المدعى ولا بالدعوى لنفسه، إنما ادعى أنها حقه، ويجوز أن تكون حقًا له، ولا يكون ملكًا له، بأن كانت فى يده بإجارة أو رهن، أو ما أشبه ذلك، ولهذا لا يصير خصمًا.

وكذلك إذا قال: المدعى عليه للمدعى: تُرا در اين خانه حق نيست، فهذا ليس بجواب؛ لأن المدعى ادعى الملك، ويحتمل أن المدعى عليه أراد بقوله: تُرا در وى حق نيست الحق بجهة الإجارة أو بجهة الرهن، أو ما أشبه ذلك.

١٧٠٤٨- ادعى دارًا فى يدى رجل أنها داره، غصبها ذو اليد منه، فقال ذو اليد: كليد اين خانه در دست منست به سببى شرعى ومن برين مدعى سپردنى نيستم، فهذا الجواب تامٌ فى حق إنكار الغصب، غير تامّ فى حق الملك؛ لأنه لم يتعرض للملك لا بالنفى ولا بالإثبات.

١٧٠٤٩- رجل ادعى دارًا فى يدى رجل، فقال المدعى عليه: إنها دارى، ثم قال: إنها وقف، فهذا جوابٌ تامٌ يقبل ببينة المدعى عليه، وكذلك لو قال فى الابتداء: هذه الدار وقف، وفى يدى بحكم التولية، فهذا جواب تام، ولو أقام المدعى البينة

بالملك لنفسه، تقبل بينته، وبعد ما قضى القاضى للمدعى لو أقام المدعى عليه البينة الوقفية لا تقبل بينته؛ لأنه صار مقضيًا عليه.

١٧٠٥٠- وإذا قال المدعى عليه العقار: هذا العقار المدعى به ليس فى يدى، يحتاج المدعى إلى إثبات يده بالبينة، فإذا أثبته[1] الآن يقيم البينة على الملك، وهذا حكم يخص بالعقار، فإن الدعوى إذا وقع فى المنقول، لا يسمع الدعوى إلا بحضرة المنقول، وعند إحضار المنقول يعرف يد المدعى عليه، فلا حاجة إلى إثباته بالبينة.

فى "فتاوى الأصل": إذا أنكر المدعى عليه أن يكون المحدود المدعى به فى يده، فالقاضى يحلفه على اليد أولا، فإن حلف يندفع عنه الخصومة، وإن نكل يحلف على الملك، وهذا مما لا يكاد يصح؛ لأن اليد على العقار لا يثبت بصريح الإقرار، فكيف يثبت بالنكول الذى هو قائم مقام الإقرار؟

ولو قال: لا أدرى أ هو ملك هذا المدعى؟ فهذا ليس بجواب، ويجبره القاضى على الجواب، فإنه لم يجب يجعله منكرًا، ويسمع البينة عليه، وبيان ما يكون إقرارًا وما لا يكون، وسيأتى فى كتاب الإقرار.

---

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وف وم: "فإذا اشترى الابن يقيم البينة".

الفصل الثانى والعشرون
فى بيان من يصلح خصمًا ومن لا يصلح

هذا الفصل يشتمل على أنواع :

نوع منه:

١٧٠٥١- قال محمد رحمه الله فى كتاب الإجارات : إذا تكارى الرجل ثلاث دواب بأعيانها من بعد أدالى مدينة الرى حتى جازت الإجارة، ثم إن المكارى باع هذه الدواب من رجل آخر، أو وهب، أو تصدق، أو آجر، أو أعار، أو أودع، فجاء المستكرى، ووجد الدواب، فأراد أن يقيم البينة على استكراءه، فهذا على وجهين : إما أن كان المكارى حاضرًا، وفى هذا الوجه تقبل بينته على المكارى؛ لأن المستأجر مع الذى فى يديه الدابة تصادقا أن الملك فى الدابة كان للمكارى، والمكارى صدقهما فى ذلك، فيثبت الملك للمكارى فى الدابة بتصادقهم، وكان المكارى خصمًا للمستأجر، فتقبل بينته عليه، ويستوى فى حق سماع بينة المستكرى أن يكون المكارى جاحدًا أنه اكترى الدواب منه، أو يكون مقرًا بذلك؛ لأن إقراره لا يصح لحق ذى اليد، فيكون وجود هذا الإقرار والعدم بمنزلة.

ونظيره : رجل باع من رجل شيئًا، فجاء رجل آخر، وادعى أن هذا البائع باع هذا الشيء منى قبل أن يبيعه من هذا المشترى، وصدّق البائع المدعى فى ذلك، لا يلتفت إلى تصديق البائع، ولو أقام المدعى بينة على دعواه، قبلت بينته، وطريق القبول أن البائع وإن كان مقرًا بدعوى المدعى، إلا أن الإقرار منه لا يصح لحق المشترى الظاهر، فيصير وجود هذا الإقرار والعدم بمنزلة، كذا ههنا، وإذا قبلت بينة المستكرى، ينظر إن كان المكارى باع الدواب، وكان البيع بعذر بأن كان عليه دين فادح لا وفاء له إلا من ثمن الدواب، لم يكن للمستأجر على الدواب سبيل؛ لأن الإجارة تنقض متى حصل البيع

بعذر، وهذا على الرواية التى لا يشترط لفسخ الإجارة حالة العذر للقضاء والرضاء، وإن كان باعها بغير عذر، كان المستأجر أحق بها إلى أن تنقضى مدة الإجارة.

وإن كان المكارى آجرها من غيره، أو أعار أو تصدق كان المستكرى أحق بها إلى أن يستوفى إجارته، سواء باشر هذه التصرفات بعذر أو بغير عذر؛ لأن العذر لا ينقضى فى هذه الأسباب، ولا تنقض الإجارة بمباشرتها.

وإن كان المكارى غائبًا، فبينة المستكرى على الذى الدواب فى يده مقبولة، إن كان الذى الدواب فى يده مشتريًا، أو موهوبًا، أو متصدقًا عليه؛ لأنه يدعى الملك لنفسه فيما فى يده، فينتصب خصمًا له لكل من ادعى حقّا فيما فى يده، والمستأجر ادعى حقّا فيما فى يده، فينتصب خصمًا له.

بعد هذا إن كان المكارى باع الدواب بعذر، فلا سبيل للمستكرى عليها، وإن كان باع بغير عذر، أو وهب، أو تصدق كان المستأجر أحق به إلى أن يستوفى إجارته، وإن كان الذى فى يديه الدواب مستعيرًا لا ينتصب خصمًا للمستكرى، وإن كان مستأجرًا، هل ينتصب خصمًا للمستكرى؟ ففيه اختلاف المشايخ.

قال بعضهم: ينتصب خصمًا، وإليه مال الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسى والشيخ الإمام الزاهد فخر الإسلام على البزدوى، وقال بعضهم: لا ينتصب خصمًا، وإليه مال الشيخ الإمام شيخ الإسلام المعروف بـ"خواهر زاده"، وبعض مشايخ زماننا قالوا: إن كان المستكرى يدعى فعلا على المستأجر، بأن قال: استأجرتها وقبضتها، ثم قال: غصبتها منى، ينتصب خصمًا له، ويسمع بينته عليه، وإن لم يدع عليه فعلا، ولكن قال: استكريتها قبل أن تستأجرها أنت، لا ينتصب خصمًا له، ولا تسمع بينته عليه.

١٧٠٥٢- وإذا ادعى رجل دارًا فى يدى رجل أنها فى إجارتى آجرنيها فلان، وادعى ذواليد أنها فى إجارتى آجرنيها فلان آخر، يسمع دعوى المدعى، وينتصب صاحب اليد خصمًا، بخلاف ما إذا ادعى الملك المطلق، وصاحب اليد ادعى الإجارة، وهذا الجواب يوافق قول الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسى والشيخ الإمام الزاهد فخر الإسلام على البزدوى فى المسألة المتقدمة.

وإذا ادعى المستأجر بغير حضرة الآجر، سمع دعواه؛ لأن ملك المنفعة له، وإنه يوافق قول الإمام الزاهد أحمد الطواويسى والشيخ الإمام الزاهد فخر الإسلام على البزدوى، وكذا إذا ادعى الآجر المستأجر بغير حضرة المستأجر، سمع دعواه؛ لأن مالك الرقبة هو.

نوع آخر:

١٧٠٥٣- قال محمد رحمه الله فى آخر بيوع "الجامع": رجل اشترى من آخر جارية بألف درهم، ولم ينقد ثمنها، وقبضها بغير إذن البائع، وباعها من رجل آخر بمائة دينار، وتقابضا، وغاب المشترى الأول، وحضر بائعه، وأراد استردادها من يد المشترى الثانى، فإن أقر المشترى الثانى أن الأمر كما وصف البائع الأول، كان للبائع الأول أن يستردها من المشترى الثانى، وإن كذب المشترى الثانى البائع الأول، أو قال: لا أدرى أحق ما قاله البائع الأول أو باطل، فلا خصومة بينهما حتى يحضر المشترى الأول؛ لأن الجارية صارت مملوكة للمشترى الثانى، والبائع الأول مقر بذلك، ثم يدعى هو على الغائب حقًا، فلا يصدق إلا بحجة، والحجة لا تسمع على الغائب إلا وأن يكون عنه خصم حاضر، والمشترى الثانى ليس بخصم عن المشترى الأول.

١٧٠٥٤- قال محمد رحمه الله فى "الزيادات": دار فى يدى رجل ادعى آخر أنها له، وأقام على ذلك بينة، فقال ذو اليد: إنها كانت لى، بعتها من فلان منذ شهر، وسلّمتها إليه، ثم أودعنيها وغاب، فالقاضى يسأل المدعى عن دعوى ذى اليد إن صدّقه فى ذلك، فلا خصومة بينهما؛ لأنه لما صدّق المدعى، فقد أقر أنه ليس بخصم له، والخصومة لا تتوجه إلا على الخصم، فقد أقر ببطلان خصومته، وإقرار الإنسان ببطلان حقه إقرار معتبر، وإن كذب المدعى ذا اليد فيما ادعى، إلا أن القاضى علم أن الأمر كما قال ذو اليد، فقد علم أن يد ذى اليد ليست بيد خصومة، وعلم القاضى فوق تصديق المدعى، ثم لما اندفعت الخصومة عند تصديق المدعى، فهنا أولى، وإن كان القاضى لا يعلم بذلك، لا تندفع الخصومة؛ لأنه لما أقر بالملك لنفسه أولا، فقد أقر أنه خصم، وأن خصومة المدعى متوجهة عليه، فإذا ادعى البيع والإيداع بعد ذلك، فقد ادعى ما يخرجه

من أن يكون خصمًا، فلا يصدق في دعواه.

وإن قال ذو اليد: أنا أقيم البينة على ما ادعيت، فالقاضي لا يقبل بينته؛ لأنه لو قبل بينته وقضى بها كان ذلك قضاء على الغائب بالبيع، وإنه ليس بخصم في إثبات البيع على الغائب؛ لأنه لا حاجة له إلى ذلك؛ لأن حاجته إلى دفع الخصومة عن نفسه، وهذه الحاجة تندفع بإثبات وصول الدار إلى يده من جهة غيره، فلا حاجة إلى إثبات الملك والبيع على الغائب، فلم يصر خصمًا في إثبات البيع على الغائب، والبينة لا تسمع إلا من خصم.

وإذا لم تقبل بينة ذي اليد، قضى القاضي بالدار للمدعي، فإن حضر الغائب بعد ما قضى القاضي بالدار للمدعي، وأقام البينة أن الدار داره، يسأله القاضي من أي وجه صارت الدار له؟ فإن لم يبين سببًا يقبل بينته، ويقضي القاضي بالدار له بمنزلة أجنبي آخر يقيم البينة على الملك المطلق، وهذا لأنه لو لم يقبل بينته، إنما لم يقبل لصيرورته مقضيًّا عليه بالقضاء على ذي اليد، والقضاء بالملك المطلق على ذي اليد لا يكون قضاء على من يدعي الملك المطلق، وإنما يكون قضاء على من يدعي تلقي الملك من جهة ذي اليد يوضحه أن القضاء بناء على البينة، والبينة حجة ضرورية، فالقضاء الذي هو بناءً على البينة لا يعدو موضع الضرورة، وموضع الضرورة تلقي الملك من جهته.

وإن قال: صارت الدار لي بجهة الشراء من ذي اليد، فالقاضي لا يقبل بينته على ذلك؛ لأن القضاء بالملك المطلق على ذي اليد قضاء على من تلقى الملك من جهة ذي اليد، فصار الغائب مقضيًّا عليه بالقضاء على ذي اليد، فلو قبلت بينته بعد ذلك صار مقضيًّا له، وإنه لا يجوز، ولأن القاضي لما قضى بالملك المطلق للمدعي، فقد جعل يد ذي اليد يد غصب، والشراء من الغاصب لا يكون سببًا للملك، ولم يذكر في الكتاب ما إذا حضر الغائب قبل الحكم للمدعي، والجواب فيه أنه إن أقام البينة على الملك المطلق صار الغائب مع المدعي بمنزلة خارجين يدعيان ملكًا مطلقًا، وأقاما البينة، ولو ادعى الشراء من ذي اليد منذ شهر، وأقام البينة، قبلت بينته في دفع بينة المدعي؛ لأنه يبين أنها قامت على غير خصم، ويقال للمدعي: أعد بينتك على هذا الذي حضر إن شئت؛ لأن بينتك الأول قد بطلت.

١٧٠٥٥- رجل في يديه دار، جاء رجل، وادعى أنها له، اشتراها من ذى اليد منذ سنة بكذا، ونقد الثمن، ولم يقبضها، وقال صاحب اليد: لا، بل بعتها من فلان منذ شهر، وسلّمتها إليه، ثم أودعنيها وغاب، فالقاضى يسأل المدعى من دعوى صاحب اليد إن صدقه في ذلك، فلا خصومة بينهما؛ لما مر، وكذلك إن كذبه، ولكن علم القاضى أن الأمر، كما قاله صاحب اليد، فلا خصومة بينهما؛ لما مر، وإن لم يعلم القاضى ذلك أيضًا، فأراد ذو اليد إقامة البينة على البيع من الغاصب، فالقاضى لا يقبل بينته، ولا تندفع خصومة المدعى؛ لما مر فى المسألة الأولى، ولأن الغائب لو كان حاضرًا وأقام البينة على الشراء منذ شهر، كانت بينة المدعى أولى، وقضى بالدار للمدعى؛ لأنه أسبقهما تاريخًا، فههنا كذلك، وإذا لم تندفع خصومة المدعى فى هذه الصورة، وقضى القاضى ببينته بالبيع منه منذ سنة، ثم حضر الغائب، وأقام بينة على البيع منه منذ شهر، فالقاضى لا يسمع بينته، ولا يقضى له بالدار؛ لأن من ضرورة القضاء للمدعى بالشراء منذ سنة بطلان كل شراء بعده، فهذه بينة قامت على شراء باطل، فلايسمع.

ولو أن القاضى سمع بينة المدعى فى هذه الصورة، ولكن لم يقض بها حتى حضر الغائب، وأقام بينة على ما قال صاحب اليد، قبلت بينته فى دفع بينة المدعى، وجرحها لقيامها على غير الخصم، وليس للمدعى فيه ضرر؛ لأنه يتحول الخصومة إلى الذى حضر، ويقال للمدعى: أعد بينتك على الذى حضر، فإن أعاد كان أولى لسبق تاريخه، وإن لم يعد لا يقضى له بشىء.

ولو أن الغائب حين حضر قبل القضاء ببينة المدعى لم يقم بينة على ما قال صاحب اليد، ولكن صدق صاحب اليد فيما قال، لا يندفع الخصومة؛ لأن المدعى لما أقام البينة على ما ادعى، فقد استحق القضاء بها، فلا يبطل هذا الحق بمجرد تصديق الذى حضر.

ولو أن الغائب حضر بعد ما قضى القاضى بالدار للمدعى ببينته، وأقام بينة على أن شراءه كان قبل شراء المدعى، قبلت بينته، وقضى بالدار له؛ لأنه أسبق فى التاريخ، وأنه ليس بمقضى عليه؛ لأن قضاء القاضى على صاحب اليد بالشراء منه منذ سنة يكون قضاء على من يدعى تلقى الملك من جهته بعد سنة لا قبلها.

١٧٠٥٦- رجل اشترى من آخر دارًا، وقبضها، فجاء رجل، وادعى أنه شفيعها،

وأقام على ذلك بينة، فقال صاحب اليد: قد بعتها من فلان، وقبضها منى، ثم أودعنيها وغاب، فالقاضى يسأل الشفيع عن دعوى صاحب اليد، فإن صدّقه فى ذلك أو لم يصدقه، لكن علم القاضى بما قال صاحب اليد، فلا خصومة بينهما؛ لما قلنا، وإن لم يعلم القاضى ذلك أيضًا، فأراد صاحب اليد أن يقيم بينة على ما ادعى، فالقاضى لا يسمع بينته، ولا يندفع خصومة الشفيع؛ لما ذكرنا، وإذا لم تندفع خصومة الشفيع فى هذه الصورة، وقضى القاضى بالدار للشفيع ببينته، ثم حضر الغائب، وأقام بينة على ما ادعاه صاحب اليد، فالقاضى لا يسمع بينته؛ لأن قضاء القاضى بالدار للشفيع يوجب بطلان كل تصرف باشره المشترى؛ لأن حق الشفيع متقدم على حق المشترى، فهذه بينة قامت على تصرف جرى الحكم ببطلانه، فلا يُلتفت إليها.

ولو سمع القاضى بينة الشفيع، ولكن لم يقض بها حتى حضر الغائب، فأقام بينة على ما ادعاه صاحب اليد، قبلت بينته فى حق دفع بينة الشفيع وجرحها؛ لأن بهذه البينة تبين أن الشفيع أقام البينة على غير الخصم، ويقال للشفيع: أعد بينتك الذى حضر وما لم يعد البينة لا يقضى له بالشفعة؛ لأنه تبين أن البينة الأولى قامت على غير الخصم.

قال فى الكتاب: ألا ترى أن الشفيع لو أقر بما ادعاه المشترى بعد ما أقام البينة قبل القضاء له، لا يكون بينهما خصومة، ولا يقضى القاضى للشفيع حتى يحضر الغائب، ويعيد البينة عليه، فكذا إذا أثبت الغائب ذلك بالبينة، فإن أعاد الشفيع البينة على الذى حضر، قضى القاضى له بالشفعة، فكان له أن يأخذ الدار بأى البيعين شاء؛ لأن شراء الأول كان ثابتًا، وشراء الثانى قد ثبت بإقامة الذى حضر البينة عليه، كما عاينا البيعين، ولو عاينا البيعين، كان للشفيع حق الأخذ بأى بيع شاء، كذا ههنا.

ولو قضى القاضى للشفيع بالشفعة قبل أن يحضر الغائب، ثم أقر الشفيع بعد القضاء بما ادعاه المشترى الأول، لا يلتفت إليه لما ذكرنا أن قضاء القاضى بالشفعة للشفيع يوجب انتقاض كل تصرف باشره المشترى، فالشفيع بهذا الإقرار يريد إظهار بيع أبطله القاضى، وليس له هذه الولاية، فلهذا لا يلتفت القاضى إلى إقراره.

ثم ما ذكر من الجواب ظاهر على قول أبى حنيفة رحمه الله؛ لأن القضاء

بالشفعة، وإنه في معنى عقد ينفذ ظاهرًا وباطنًا، فلا يمكن رده، أما على قول محمد لم ينفذ باطنًا، فينبغي أن يرده، وإنما لم يرد؛ لأن فيه قضاء بالنقض على الغائب، والقضاء على الغائب لا يجوز.

١٧٠٥٧- رجل في يديه دار، ادعاها رجل إلا أنه لم يقم البينة على دعواه، ثم قاما من عند القاضي، ومكثا زمانًا، ثم تقدما إليه، وجاء المدعي بشاهدين شهدا أن الدار له، فقال المدعى عليه: إنها كانت لي إلا أني بعتها من فلان بعد ما قمنا عن مجلس القاضي، أو قال: وهبتها من فلان، وسلمتها إليه، ثم أودعنيها وغاب، فإن أقر المدعي بما قال ذو اليد، أو لم يقر بذلك، ولكن علم القاضي بذلك، أو لم يعلم القاضي بتلك أيضًا، إلا أن صاحب اليد أقام بينة على إقرار المدعي بذلك، فلا خصومة بينهما، وإن لم يكن شيء من ذلك، وأقام صاحب اليد بينة على ما ادعا، فالقاضي لا يسمع بينته، ولا يندفع الخصومة عن ذي اليد، وقد مرّ هذا في المسألة المتقدمة.

وكذلك لو كان المدعي حين ادعى الدار، أقام شاهدًا واحدًا، ثم قاما من عند القاضي، ومكثا زمانًا، ثم تقدما إلى القاضي، وجاء المدعي بشاهد آخر، وأقام صاحب اليد بينة على أنه باع الدار من فلان بعد ما قاما من عند القاضي، أو قال: وهبها منه، وسلمها إليه، فإن أقر المدعي بذلك، أو علم القاضي به، أو لم يعلم به، وأقام ذو اليد بينة على إقرار المدعي بذلك، فلا خصومة بينهما، وإن لم يكن شيء من ذلك، وأقام ذو اليد بينة على ما صنع، فالقاضي لايسمع بينته، ولا يندفع الخصومة عنه.

ولو كان المدعي حين ادعى الدار، أقام شاهدين فعدلا، فقبل أن يقضي القاضي بالدار للمدعي، قاما من عند القاضي، فمكثا زمانًا، ثم إنهما تقدما عند القاضي، وادعى صاحب اليد أنه باع الدار من فلان بعد ما قاما عند القاضي، أو وهبها له، وسلمها إليه، ثم إن فلانًا أودعنيها منه، وغاب وأقر المدعي بذلك، أو علم به القاضي، فإنه لا يندفع الخصومة من ذي اليد، بخلاف ما إذا كان المدعي أقام شاهدًا واحدًا وقت الدعوى، وباقي المسألة بحالها، فإن هناك إذا أقر صاحب اليد بما ادعاه المدعي من البيع، أو الهبة بعد ما قاما من مجلس القاضي، أو علم القاضي بذلك، فإن هناك لا خصومة بين المدعي وبين صاحب اليد.

والفرق : أن بإقامة الشاهدين إن لم يثبت للمدعى حقيقة الملك فى المدعى به ، فقد ثبت له حق الملك بوجود سبب الملك بكماله إلا أنه تأخر ثبوت الملك إلى وقت القضاء ، وحق الملك للمدعى فى المدعى به يمنع صحة بيع المدعى عليه وهبته كيلا يبطل حق المدعى ، فالمدعى إنما أقر بهبة غير صحيحة ، والقاضى علم هبته غير صحيحة ، فلا يصلح ذلك دافعًا خصومة المدعى ، أما بإقامة الشاهد الواحد كما لم يثبت للمدعى حقيقة الملك فى المدعى به لم يثبت له حق الملك ؛ لأنه لم يتم سبب الملك ، وهو شهادة شاهدين عدلين ، وإذا لم يثبت للمدعى فى المدعى به حقيقة الملك ، ولا حق الملك ، كان تصرف المدعى عليه حاصلا فى خالص ملكه ، فيصح ، فإنما أقرّ المدعى بهبة صحيحة ، وعلم القاضى هبة صحيحة ، فتندفع الخصومة عن ذى اليد ، كما قبل إقامة الشاهد الواحد .

فرق بين هذه المسألة وبينما إذا ادعى رجل دارًا فى يدى رجل ، وجاء بشاهد واحد ، أو بشاهدين إلا أنهما لم يعدّلا حتى أقر المدعى عليه بالدار لغيره ، كان إقرارًا باطلا فى حق المدعى حتى يبطل ما أقام المدعى من الشاهد الواحد ، فقد سوّى بين الشاهد الواحد وبين الشاهدين ثمة ، وفرق بينهما ههنا ، والفرق وهو أن الإقرار إخبار ، والأصل فى الإخبارات : أنه إذا تضمن إلحاق الضرر بالغير إنه يعتبر كذبًا فى حق ذلك الغير ، والإقرار بالعين المدعى به بعد الشاهد الواحد يتضمن إلحاق الضرر بالمدعى ، فإنه متى صحّ إقراره يبطل ما أقام المدعى من الشاهد الواحد ، فيعتبر كذبًا فى حقه ، فلم يصح ، فأما بيع ذى اليد وهبته إنشاء تصرف ، وتهمة الكذب تتحقق فى الإخبارات دون الإنشاءات ، فلا يمكننا رد هذا التصرف من حيث إنه كذب ، وإذا لم يمكن الرد بهذا الطريق طلبًا للرد وجهًا آخر ، فقلنا : إذا تضمن بيعه وهبته إبطال ملك أو حق ملك أو يد مستحقة على الغير يرد ، وما لا فلا ، وبعد إقامة الشاهد الواحد تصرفه لم يتضمن إبطال شىء وبعد إقامة الشاهدين تصرفه تضمن إبطال حق الملك على المدعى ، فلم يكن صحيحًا .

١٧٠٥٨- دار فى يدى رجل ادعاها رجل ، وذهب ليأتى بالشهود ، فباعها المدعى عليه من رجل ، أو وهبها له ، وسلمها إليه ، ثم إن المشترى ، أو الموهوب له أودعها منه ، ثم تقدما إلى القاضى ، فإن كان القاضى يعلم بما صنع صاحب اليد ، أو أقر المدعى

بذلك ، أو أقام صاحب اليد بينة على إقرار المدعى بذلك ، تندفع الخصومة عن ذى اليد ، وقد مرّ هذا غير مرة ، وإن لم يكن شيء من ذلك ، ولكن أقام صاحب اليد بينة على ما صنع ، لا يندفع خصومة المدعى من صاحب اليد ، فلو أن القاضى لم يقض بالمدعى بالدار بشهادة شهوده حتى حضر الغائب ، وصدّق صاحب اليد فيما قال يدفع الدار إلى الغائب لإقرار صاحب اليد بالدار له ، ويجعل القاضى الغائب خصمًا للمدعى ، ولا يكلف المدعى إعادة البينة ؛ لأن إقامتها على صاحب اليد صح ظاهرًا ، فلا يبطل بإقرار ذى اليد ، ويجعل المقر له وهو المشترى كالوكيل عن ذى اليد ، وقد مرّ جنس هذا فيما تقدم ، وينقض البيع ، ويرجع المشترى بالثمن على البائع لاستحقاق المبيع من يد المشترى ، وكذلك لو شهد على البائع رجل واحد ، ثم حضر المشترى ، ودفع العبد إليه ، فأقام المدعى شاهدًا آخر على المشترى ، قضى بالعبد له ، ولا يكلفه إعادة الشاهد الأول ؛ لأن الشاهد الثانى مضاف إلى الشاهد الأول ، فصار كأن الشاهدين شهدا على ذى اليد .

وكذلك لو كان ذو اليد باع الدار من غيره ، ولم يسلمه حتى حضر المدعى ، وأقام الذى فى يديه البينة أنه باع العبد من فلان ، ولم يسلمه إليه ، لا يلتفت إلى بينة ذى اليد ، ويكون الجواب فيه كالجواب فيما إذا أقام البينة على البيع والقبض ، ثم الإيداع .

١٧٠٥٩- عبد ادعى على رجل أنه كان ملكه ، وأنه أعتقه ، فقال المولى حين أعتقته : لم يكن ملكى ؛ لما أنى بعته من فلان ، ثم اشتريته منه ، وأقام البينة على بيعه قبل الإعتاق ، لا تقبل بينته ، ولو كان المولى قال له : أعتقتك قبل أن اشتريتك ، وقال العبد : لا ، بل أعتقتنى بعد ما اشتريتنى ، فالقول قول العبد ؛ لأن العبد يدعى عتقًا جائزًا ، والمولى يدعى عتقًا فاسدًا .

نوع آخر من هذا الفصل:

١٧٠٦٠- قال محمد رحمه الله : رجل ادعى على رجل أنه فقأ عين عبد لى قيمته ألف درهم ، وجحد المدعى عليه دعواه ، والمدعى مقر أن العبد حى ، فأقام المدعى بينة على دعواه ، فالقاضى لا يسمع بينته ، ولا يقضى بالأرش على المدعى عليه إلا بمحضر من العبد ، فإذا حضر العبد ، فالمدعى يقيم البينة أنه عبده ، وأن هذا فقأ عينه ، فيقضى

القاضى له بالعبد، ويقضى على الفاقئ بأرش العبد للمدعى.

قال محمد رحمه الله فى الكتاب وقد قال بعض فقهاءنا: إن القاضى يقبل بينته، ويقضى بأرش العبد على الفاقئ، وإن لم يحضر العبد، فإذا حضر العبد إن[1] أنكر العبودية، وقال: أنا حر الأصل، أبطل القاضى ذلك القضاء، ويرد الأرش إلى المدعى عليه، وإن أقر بالعبودية للمدعى، أمضى ذلك القضاء.

وجه قول هذا القائل: إن المدعى ادعى الأرش دينًا فى ذمة الحاضر بسبب جائز فى محل مملوك له، وفى مثل هذا لا يشترط حضرة المحل للقضاء بالأرش، كما لو ادعى أنه فقأ عين برذون له قيمته ألف درهم، وأنكر المدعى عليه دعواه، فأقام المدعى بينة على دعواه، فالقاضى يقضى له على المدعى عليه بربع قيمة البرذون، وإن لم يكن البرذون حاضرًا، كذا ههنا.

وجه ما ذكر محمد فى الكتاب: أن القضاء بالأرش ههنا متعذر؛ لأنا لو قضينا بالأرش ههنا، إما أن يقضى بالأرش وبملك العبد للمدعى، أو يقضى بالأرش لا غير، ولا وجه إلى الأول؛ لأن البينة فى حق العبد قامت على العبد؛ لأنه فى يده نفسه من حيث الظاهر حتى كان القول قوله أنه حر الأصل، وإنه غائب، والقضاء على الغائب، وليس عنه خصم حاضر لا يجوز، ولا وجه إلى الثانى؛ لأن ملك الطرف وملك بدل الطرف لا يقبل الفصل عن ملك الأصل على ما مر، وإذا تعذر القضاء بالأمرين وبالأرش وحده، توقف القضاء إلى أن يحضر العبد، بخلاف مسألة البرذون؛ لأن هناك القضاء بالأرش ممكن من غير أن يقع القضاء بالبرذون على غائب؛ لأن القول قول المدعى أن البرذون برذونه؛ لأنه يدعى مالا لنفسه، وليس له فيه منازع، فإنه لم يعرف البرذون فى يد ثالث، وليس للبرذون يد نفسه، وكان القول قوله: إن البرذون له، فأمكن القضاء بالأرش من غير أن يقع القضاء بالبرذون على الغائب، بخلاف العبد؛ لأن العبد فى يد نفسه، ويعبّر عن نفسه، فلا يمكن القضاء بذلك للمدعى إلا بالقضاء على الغائب حتى لو كان العبد ميتًا يقضى بالأرش للمدعى؛ لأنه لابد للميت على نفسه، فيمكن القضاء بالأرش للمدعى من غير أن يقع القضاء على الغائب.

---

(١) وفى الأصل: أنكر العبودية بدون "إن".

وكذلك إذا كان العبد صغيرا لا يعبّر عن نفسه، فالقاضى يقضى بالأرش للمدعى على الفاقئ، ولا يشترط حضرة العبد، هكذا حكى عن القاضى الإمام أبى عاصم العامرى؛ لأن الصغير الذى لا يعبر عن نفسه ليس له يد نفسه، بل هو بمنزلة الثوب والدابة، حتى كان القول فيه قول صاحب اليد أنه ملكه، فأمكن القضاء بالأرش من غير أن يقع القضاء بملك العبد على الغائب.

فإن قيل: هلا انتصب الفاقئ خصمًا عن العبد للمدعى؟ لأنه ادعى حقّا على الفاقئ، وهو الأرش، ولا يمكن إثباته إلا بعد إثبات الملك لنفسه فى رقبة العبد، وفى مثل هذا ينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب. قلنا: لا يمكن أن يجعل الفاقئ خصمًا عن العبد حكمًا؛ لأنه ليس بين الفاقئ وبين العبد فيما يريد المدعى إثباته من ملكه فى رقبة العبد سبب، ولابد من سبب يكون بين الحاضر والغائب حتى يجعل الحاضر خصمًا عن الغائب، وأحد لم يقل: به.

قال: ولو أن المدعى عليه أقر أنه فقأ عين العبد، وأنه عبد هذا المدعى، والعبد غائب، فإنه يقضى بأرش العبد له، بخلاف فصل البينة.

والفرق أن الإقرار فى حق الأرش دون نفس العبد، فيمكن القضاء بالأرش للمدعى من غير أن يكون قضاء على الغائب، وهو العبد، فأما البينة فحجة متعدية، فلا يمكن إثبات ملك العبد بها فى حق الأرش ورقبة العبد؛ لأنه يكون على الغائب، فهذا هو الفرق، وذكر بعد هذا مسألة البرذون التى ذكرناها على سبيل الاستشهاد، وأجاب على نحو ما بينا أن القاضى يقضى بربع القيمة للمدعى على المدعى عليه، وإن لم يكن البرذون.

وفيه نوع إشكال، ينبغى أن لا يقضى القاضى للمدعى بأرش البرذون حتى يرى المدعى البرذون للقاضى، فينظر إليه القاضى هل فقأ عينه أم لا، ألا ترى أن من ادعى على آخر شج رأسه، فالقاضى لا يقضى للمدعى على المدعى عليه بشىء حتى يرى المدعى رأسه للقاضى.

والجواب: وهو الفرق بين الفصلين أن فى فصل الشجة المدعى حاضر، فيمكنه إراءة رأسه من غير كلفة ومشقة، فأما البرذون فغائب، فلا يمكنه إراءة البرذون إلا بكلفة

ومشقة، وكان بمنزلة ما لو ادعى على غيره أنه شجّ أباه وأبوه ميت، فالقاضى لا يأمره بإحضار أبيه، وزان مسألة البرذون من مسألة الشجة أن كان البرذون حاضراً، ولو كان البرذون حاضراً، فالقاضى لا يقضى للمدعى بالأرش حتى يرى البرذون القاضى؛ لأنه يمكنه إرادة البرذون من غير مشقة.

قال: ولو جاء رجل بعد ذلك، والبرذون المفقوءة عينه فى يده، وهو يزعم أن البرذون له، وطلب من القاضى أن يأمر المقضى له بالأرش حتى يدفع الأرش إليه، فالقاضى لا يلتفت إلى قوله، ولا يأمر المقضى له بالأرش حتى يدفع الأرش إليه ما لم يقم البينة أن البرذون له، وأن المدعى عليه فقأ عينه وهو يومئذٍ له مع أن القول قوله أن البرذون له، وإنما كان كذلك لأن العين ليس فى يده ليجعل القول فيه قوله، بخلاف البرذون؛ لأن البرذون فى يده، فأمكن أن يجعل القول فيه قوله، ولعل الذى فى يديه البرذون ملك البرذون من جهة المقضى له بالأرش بعد ما فقئت عينه، ولأنا إنما حكمنا له بالبرذون بظاهر يده، والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق، والأرش والظاهر لا يصلح لذلك.

فإن أقام الذى فى يديه البرذون بينةأن البرذون له، وأن هذا المدعى عليه فقأ عينه وهو يومئذٍ له، قضى بالأرش له؛ لأنه ظهر ببينته أنه كان صاحب ملك ويد للبرذون يوم الفقى، وظهر أن بينة المقضى له بالأرش قامت على غائب ليس عنه خصم حاضر، إذ البينة حجة فى حق الناس كافة، فبطلت بينة المقضى له بالأرش.

فإن قيل: ينبغى أن لا تقبل بينته الذى جاء بالبرذون أن البرذون له؛ لأنه صاحب اليد فى حق البرذون. قلنا: نعم إلا أن بينة ذا اليد إنما لا تقبل إذا أقامها لاستحقاق ما فى يده، والذى جاء بالبرذون إنما أقام البينة لاستحقاق الأرش، وهو فى حق الأرش خارج، ألا ترى أن المشترى للدار إذا أنكر كون الدار فى يد الجار ملك الجار، فأقام الجار البينة أن الدار التى فى يده داره، قبلت بينته، وإن كان هو صاحب يد؛ لأن غرضه من إقامة هذه البينة استحقاق ما ليس فى يده، وهى الدار المشتراة[1] كذلك فى مسألتنا، فإن عارضه المقضى له بالأرش، فأقام بينة أن البرذون له، وأن هذا المدعى عليه فقأ عينه،

---

(١) وفى ظ: "المشتركة".

وهو يومئذٍ له، فبينة المقضى له بالأرش أولى؛ لأنه خارج فى حق البرذون، والآخر صاحب اليد فى حق البرذون، وبينة الخارج فى مطلق الملك عندنا أولى.

فإن قيل: الآخر إن كان صاحب يد فى حق البرذون، فهو خارج فى حق الأرش، والمقضى له بالأرش إن كان صاحب اليد فى حق الأرش فهو خارج فى حق البرذون، فلماذا ترجحت بينة المقضى له بالأرش؟

قلنا: البرذون أصل، والأرش تبع، فجعلنا الأرش من حيث الحكم كأنه فى يد الذى البرذون فى يده، وكان المقضى بالأرش خارجًا فى حق الأرش حكمًا، أو نقول: المقضى له بالأرش لما كان خارجًا فى حق الأصل، وهو البرذون فعند تعذر الجمع بينهما كان الترجيح لبينة من هو خارج فى حق الأصل.

فإن قيل: إذا أقام البينة ترجح بينة المقضى له، وتصير دافعة بينة الذى جاء بالبرذون [فلم يصر بينة الذى أقامها المقضى له قبل هذا دافعة بينة الذى جاء بالبرذون حتى لا تقبل بينة الذى جاء بالبرذون][1]، وإن لم يعد المقضى له بينته.

قلنا: لأن ذلك البينة قامت على الفاقئ لا على الذى أحضر البرذون، وبينة الذى أحضر البرذون قامت على الفاقئ دون المقضى له بالأرش، وكانت بينة المقضى له على الأرش على إثبات ملكه فى البرذون فى حق الذى أحضر البرذون، ولم يقم عليه وجودها والعدم بمنزلة.

نوع آخر:

١٧٠٦١- ذكر الخصاف فى "كتاب الحيل": رجل فى يديه رهن، والراهن غائب، فأراد المرتهن أن يثبت الرهن عند القاضى حتى يسجل له بذلك، ويحكم بكونه رهنا فى يديه، فالحيلة فى ذلك أن يأمر المرتهن رجلا غريبًا حتى يدعى رقبة هذا الرهن، ويقدم المرتهن إلى القاضى، فيقيم المرتهن بينة عند القاضى أنه رهن عنده، فيسمع القاضى بينة على الراهن، ويقضى بكونه رهنا عنده، ويدفع عنه خصومة الغريب، وهذا تنصيص من الخصاف أن البينة على الرهن مقبولة، وإن كان الراهن غائبًا، وهكذا

(١) ما بين المعكوفتين لم أجد فى الأصل، وأثبتناه فى "مظ".

ذكر محمد رحمه الله فى "الجامع" فى المسألة المخمسة .

قالوا : وما ذكر محمد هذه المسألة فى كتاب الرهن ، وشوش فيه الجواب فى بعض المواضع شرط حضرة الراهن لسماع البينة على الرهن ، وفى بعضها لم يشترط ، والمشايخ قد اختلفوا فيها ، بعضهم قالوا : الصواب أنه لا يشترط حضرة الراهن ، وما ذكر فى بعض المواضع فى كتاب الرهن أنه يشترط حضرة الراهن وقع غلطًا من الكاتب ، وجعل هذا القائل مسألة الرهن نظير مسألة الوديعة والإجارة والمضاربة ، فإن صاحب اليد إذا أقام بينة على أن هذا العين وديعة عنده من جهة فلان ، أو مضاربة أو غصب أو إجارة ، فالقاضى يسمع بينته ، فههنا كذلك ، وبعض مشايخنا قالوا : فى المسألة روايتان : فى إحدى الروايتين : تقبل هذه البينة ؛ لأن الراهن لما رهنه فقد استحفظه ، فإذا تعذر عليه الحفظ إلا بإقامة البينة وإثبات الملك للراهن ، صار خصمًا فى ذلك ، كما فى الوديعة وأشباهها ، وفى رواية أخرى : القاضى لا يقبل هذه البينة لإثبات الرهن على الغائب ، وإليه أشار شمس الأيمة السرخسى رحمه الله ، وهذا لأن فى قبول هذه البينة قضاء على الغائب ، ولا حاجة لصاحب اليد على إثبات الرهن ليدفع الخصومة عن نفسه ، فإن بمجرد اليد يندفع عنه الخصومة كما لو أقام بينة أنها وديعة فى يده ، وقد أجاب بهذا فى نظائره فى السير الكبير ، فقد ذكر فى السير الكبير العبد المرهون إذا أسر ثم وقع فى الغنيمة ، فوجد المرتهن قبل القسمة ، فأقام البينة أنه رهن عنده لفلان وأخذه ، لا يكون هذا قضاء على الغائب بالرهن ؛ لأنه لا يحتاج إلى إثبات الرهن ؛ لأن الإيداع كافٍ له ، فتبين بهذا أن قبول هذه البينة لإثبات الرهن على الغائب ، ولا وجه إليه .

نوع آخر:

١٧٠٦٢- قال محمد رحمه الله فى وصايا[1] "الجامع" : رجل هلك وترك ثلاثة آلاف درهم ، وترك ، وارثًا واحدًا ، فأقام رجل البينة أن الميت أوصى له بثلث ماله ، وجحد الوارث ذلك ، فالقاضى يسمع بينته على الوارث ، ويقضى بوصيته ، فإن دفع الوارث الثلث إلى الموصى له ، ثم جاء رجل آخر ، وأقام بينة أن الميت أوصى له بثلث

---

(١) هكذا فى ظ وكان الأصل وف وم : "قضايا" .

ماله، وقد غاب الوارث ذلك، فأحضر الموصى له إلى القاضى، فالقاضى يجعل الموصى له خصمًا، ويسمع بينته عليه، ويأمره أن يدفع نصف ما فى يده إلى المدعى الثانى؛ لأن الثانى يدعى لنفسه نصف ما فى يد الأول، والأول يجحد ذلك، فينتصب خصمًا له، وإذا قبلت بينة الثانى، والثابت بالبينة كالثابت عيانًا، صار كأن القاضى عاين وصيهما[1]، وهناك يجعل الثلث بينهما نصفان، كذا ههنا، فإن لم يكن عند الأول شيء، بأن هلك ما فى يده، أو استهلكه وهو معدوم[2]، فأحضر الثانى الوارث، وأراد أن يأخذ منه بعض ما فى يده، فجحد الوارث وصيته، لم يكلف الثانى إعادة البينة على الوارث؛ لأن الميت صار مقضيًا عليه لما أقام الثانى بينة على الموصى له الأول، وإذا صار الميت مقضيًا عليه، صار الوارث مقضيًا عليه أيضًا، فكان للموصى له الثانى أن يأخذ من الوارث خمس ما فى يده، ثم الثانى مع الوارث يتبعان الأول، فيأخذان منه نصف ما أخذ؛ لأنه أخذ نصف ما أخذ بغير حق، فإذا أخذ ذلك اقتسماه على خمسة أسهم، سهم للموصى له الثانى، وأربعة أسهم للوارث، والخصومة إلى القاضى الذى قضى للأول، وإلى قاضٍ آخر سواء؛ لأن الأول إنما صار خصمًا للثانى بحكم يده، وفى حق هذا المعنى هذا القاضى وقاض آخر سواء.

ولو كان الموصى له الأول هو الغائب، فأحضر الثانى الوارث، فالقاضى يقضى على الوارث؛ لأن الوارث خليفة الميت، فينتصب خصمًا عنه فيما يستحق عليه، ويكون ذلك القضاء على الوارث قضاء على الموصى له الأول؛ لأن الوارث لما انتصب خصمًا عن الميت، صار الميت مقضيًاعليه، وإذا صار الميت مقضيًا عليه صار الموصى له مقضيًا عليه؛ لأن الموصى له بمنزلة أحد الورثة، وإن كان القاضى قضى بوصية الأول، ولم يدفع إليه شيئًا حتى خاصمه الثانى، والوارث غائب، فإن خاصمه إلى ذلك القاضى بعينه جعله خصمًا؛ لأن ذلك القاضى عرف أن ثلث التركة ملك الموصى له الأول، إلا أنه أمانة فى يد الوارث ويد الأمين كيد المالك، فصار من حيث التقدير كأنه فى يد الموصى له الأول، وإن خاصمه إلى قاض آخر لم يجعله خصمًا؛ لأن الثانى يدعى نصف الثلث لنفسه، ولم يعرف هذا القاضى كون الثلث فى يده، لا من حيث الحقيقة،

(١) هكذا فى ظ وم وكان فى الأصل وف: "وصيتهما".

(٢) وفى ف: "مقدم".

ولا من حيث الحكم، ولو ثبت ذلك إنما يثبت بإقرار الموصى له الأول، فإنه يقول: الثلث ملكى، وهو أمانة فى يد الوارث، إلا أنه بهذا الإقرار لا يصير خصمًا؛ لأن فى الحقيقة هذا دعوى على الوارث، فلا يصدق فى ذلك، وإذا لم يصدّقه القاضى فى ذلك، لم يثبت ما يوجب كونه خصمًا.

ولو كان الموصى له الأول هو الغائب والوارث حاضر، ولم يدفع القاضى إلى الموصى له الأول شيئًا، فالوارث خصم للموصى له الثانى، وإن خاصمه الثانى إلى قاضٍ آخر؛ لأن القاضى إنما يجعل الوارث خصمًا عن الميت لكونه خلفا عنه، والقاضى الثانى عالم بذلك، فأما الموصى له إنما يصير خصمًا لكون المال فى يده إما حقيقةً أو حكمًا، والقاضى الثانى لا يعلم بذلك، وهذا كله إذا أقر الموصى له الأول، بأن المال الذى فى يديه بحكم الوصية من الميت، أو كان ذلك معلومًا للقاضى.

أما إذا لم يكن شيء من ذلك، والأول يقول: هذا مالى ورثته عن أبى، والميت ما أوصى إلى بشيء، وما أخذت من ماله شيئًا، فإنه يكون خصمًا للموصى له الثانى بمنزلة ما لو ادعى رجل عبدًا فى يدى رجل أنه اشتراه من فلان، وقال ذو اليد: هو عبدى ورثته من أبى، فإنه يكون خصمًا للمدعى، ويقضى عليه ببينة المدعى، كذا ههنا.

فإن قال: هذا المال وديعة عندى من جهة فلان الميت الذى يدعى الثانى الوصية من جهته، أو قال: غصبته منه، فلا خصومة بينهما؛ لأنهما تصادقا أن هذا المال وصل إلى الموصى له من جهة الميت، وكان يده يد وديعة، أو يد غصب، وأيّا ما كان لا يكون يد خصومة فى حق من يدعى تلقى الملك فيه من جهة المالك، كما فى مسألة الشراء إذا ادعى الذى فى يديه العبد أن العبد[1] وديعة، أو غصب لفلان الغائب الذى ادعى المدعى الشراء من جهته، فإنه يندفع عنه الخصومة، وإن قال: هو وديعة عندى من جهة فلان، يعنى به رجلا آخر غير الموصى، أو قال: غصبته منه، فهو خصم إلا أن يقيم بينة على ما قال؛ لأنه انتصب خصمًا بظاهر اليد، فبمجرد دعواه أن يده يد وديعة أو يد غصب لا تندفع عنه[2] الخصومة، وكان الفقيه أبو بكر البلخى رحمه الله يقول: لا تندفع الخصومة

---

(١) وفى الأصل: "إن العبد الذى فى يده وديعة".

(٢) وفى ظ: "عند".

فى هذه الصورة، وإن أقام البينة، وقاسه على ما إذا ادعى عينًا فى يد إنسان أنه اشتراه من فلان الغائب، وهو يملكه، وذو اليد ادعى أن فلانًا آخر غير ذلك الغائب أودعه إياه، فإن هناك لا يندفع عنه الخصومة؛ لأن المدعى يدعى تلقى الملك من جهة الغائب، ولم يدّع ملكًا مطلقًا، فلم تندفع عنه الخصومة، فههنا يجب أن يكون كذلك.

١٧٠٦٣- رجل هلك، وترك مالا ووارثًا واحدًا، فأقام رجل بينة أن له على الميت ألف درهم دين، فقضى القاضى له على الوارث، ودفع إليه ألف درهم، وغاب الوارث، فحضر غريم آخر للميت، وادعى عليه ألف درهم، فإن الغريم الأول لا يكون خصمًا للغريم الثانى، فرق بين الغريمين وبين الموصى لهما، فإن هناك إذا قضى القاضى للموصى له الأول بالثلث، ودفع إليه الثلث، فحضر الثانى، فالأول ينتصب خصمًا للثانى.

والفرق: أن المستحق للموصى له بالثلث عين التركة، ولهذا يبطل الوصية بهلاك التركة، ولهذا لو أراد الوارث أن يعطى له الثلث من ماله، لا يكون له ذلك إلا برضا الموصى له، ولما كان المستحق عين التركة كان الثانى مدعيًا بعض ما فى يد الأول لنفسه من جهة الميت، فانتصب الأول خصمًا للثانى بحكم يد، فأما الغريم فلا يستحق عين التركة، ولهذا لو أراد الوارث أو الوصى بعد ثبوت دينه قضاء دينه من مال آخر، كان لهما ذلك من غير رضى الغريم، وكذلك لا يبطل حقه بهلاك المال، وإنما حقه فى ذمة من عليه الدين، وهو الميت غير أن بعد موته يتعين تركته للقضاء منه لا أن يكون حقه فى عين التركة، ولما كان هكذا لابد من إثبات الدين فى ذمة الميت ليتعين تركته للقضاء.

وفى دعوى الدين على الميت الخصم وارثه أو وصيه دون الغريم، ولو كان الغريم الأول هو الغائب، فأحضر الثانى وارث الميت، كان خصمًا له؛ لأنه نائب عن الميت فيما يدعى على الميت فأمكن جعله خصمًا بطريق النيابة عن الميت، أما الغريم فليس بنائب عن الميت حتى يجعل خصمًا بطريق النيابة عن الميت، ولا يمكن جعله خصمًا بطريق الأصالة؛ لأنه لا يدعى شيئًا لا فى ذمته ولا فى يده على ما مر. ثم إذا قضى القاضى على الوارث، وقد توى ما أخذه الوارث، رجع الغريم الثانى على الغريم الأول، فأخذ منه نصف ما قبض، ثم يتبعان فى الوارث بما بقى لهما؛ لأن الثابت بالبينة

كالثابت بعلم القاضى، ولو علم القاضى بأن لهما على الميت دين، وقد قبض الأول تمام حقه، وتوى الباقى، فالقاضى يأخذ منه نصف ما أخذه، ويدفعه إلى الآخر حتى يستويان، ثم يتبعان الوارث بما بقى لهما، كذا ههنا.

ولو لم يكن الأول[1] غريمًا، وكان موصى له بالثلث، وقبضه وغاب الوارث، فأقام رجل البينة أن له على الميت دينًا، فالموصى له ليس بخصم له؛ لأنه لا يدعى بعض ما فى يده، إذ لا حق للغريم فى عين التركة على ما مر، إنما يدعى دينًا على الميت، والموصى له بالثلث إنما ينتصب خصمًا عن الميت فيما يدعى فى المال الذى وصل إليه، بخلاف الوارث حيث ينتصب خصمًا فيما يدعى فى مال الميت، وفى ذمته؛ لأنه حلف عن الميت قائم مقام الميت مطلقًا لحاجته إلى ذلك، أما الموصى له بالثلث بخلافه على ما مر قبل هذا، وكذلك لو كان الأول غريمًا، والثانى موصى له بالثلث، لم يكن الغريم خصمًا له؛ لأن الموصى له إن كان مقرًا بالدين كان فى زعمه أن حقه مؤخر عن الدين، وأن لا حق له فيما فى يده، وإن كان منكرًا للدين كان فى زعمه أن الأول غاصب، ويد الغاصب لا تكون يد خصومة، والوارث خصم فى ذلك كله؛ لما قلنا.

١٧٠٦٤- رجل أقام بينة على وارث ميت أنه أوصى له بهذه الجارية بعينها، وهى ثلث ماله، وقضى القاضى بذلك، ودفعها إليه، وغاب الوارث، ثم أقام آخر البينة على الموصى له أن الميت أوصى له بهذه، وذكروا رجوعًا، أو لم يذكروا رجوعًا، قضى القاضى للثانى بحقه؛ لأن الثانى ادعى جميع ما فى يد الأول لنفسه إن ادعى الرجوع، ونصفها إن لم يدّع الرجوع، وذو اليد يدعى كونها لنفسه، وفى مثل هذا ينتصب خصمًا كرجل ادعى أنه كان اشترى هذه الجارية أو نصفها من الميت قبل موته انتصب الموصى له خصمًا، كذا ههنا، ثم إذا انتصب الموصى له خصمًا، فإن ذكروا رجوعًا قضى القاضى بكل الجارية للثانى، وإن لم يذكروا رجوعًا، قضى بنصفها للثانى للمزاحمة والمساواة، ويكون هذا قضاء على الوارث غاب أو حضر حتى إن الموصى له الأول إذا بطل حقه كان كل الجارية للثانى؛ لأن الوارث إنما يتلقى الملك فى الميراث من جهة الميت، وقد صار الميت مقضيًا عليه بهذه البينة، وكل من تلقى الملك من جهته يصير مقضيًا عليه أيضًا.

---

(١) هكذا فى الأصل وف وم وكان فى ظ: "للأول".

فإن دفع القاضى الجارية إلى الأول، ثم غاب الموصى له، وحضر الوارث، لم ينتصب الوارث خصمًا للموصى له الآخر خاصمه إلى القاضى الأول أو إلى غيره؛ لأن المدعى به الجارية، والجارية ليست فى يد الوارث، لا حقيقةً ولا حكمًا، والوارث إنما يصلح خصمًا فيما يصلح المورث خصمًا حال حياته، والمورث لا يصلح خصمًا فى حال حياته فيما زال عن ملكه ويده، فكذا الوارث، بخلاف ما إذا كان الثانى يدعى وصية بالثلث، وأحضر الوارث حيث يصير خصمًا؛ لأن هناك المدعى يدعى لنفسه شركة فيما فى يد الوارث على ما مرّ، فينتصب الوارث خصمًا فى إثبات سببه عليه، أما ههنا فبخلافه، وإن كان القاضى قضى للأول بالجارية فلم يدفعها إليه حتى خاصم الثانى الوارث، فإن خاصمه فيها إلى القاضى الأول، لم يجعله خصمًا؛ لأن القاضى عرف كونه لغيره، وعرف كون الوارث أمينًا فيها، ويد الأمين لا تكون يد خصومة، وإن خاصمه إلى قاضٍ آخر جعله خصمًا؛ لأن القاضى الثانى لم يعرف كونها لغيره، وكون الوارث أمينًا، بل عرف كونها فى يده من التركة، فلا يصدقه فى أنها لفلان، وأنه أمين فيها إلا ببينة يقيمها على ذلك، وإذا لم يصدقه قضى عليه، وصار الموصى له الأول مقضيًا عليه؛ لأن الموصى له الأول يدعى تلقى الملك من جهة الميت، والميت صار مقضيًا عليه بهذه البينة، فصار من يدعى تلقى الملك من جهة الميت مقضيًا عليه أيضًا، بخلاف ما إذا ادعى رجل عينًا فى يدى رجل ملكًا مطلقًا، وصاحب اليد ادعى أنه مودع فلان، ولم يقم البينة على ذلك، وقضى القاضى على صاحب اليد للمدعى، لا يكون ذلك قضاء على الذى ادعى صاحب اليد أنه أمينه؛ لأن هناك مودع صاحب اليد لا يدعى تلقى الملك من جهة المقضى عليه، وهو صاحب اليد، فاقتصر القضاء على صاحب اليد، أما ههنا بخلافه.

ثم القاضى إذا سمع بينة الثانى على الوارث فى هذا الفصل، وهو ما إذا خاصمه الثانى عند قاضى آخر قضى للثانى بنصف الجارية، سواء شهد شهوده على الرجوع عن الأول أو لم يشهدوا على الرجوع، وهذا لا يشكل فيما إذا لم يشهدا على الرجوع إنما يشكل فيما إذا شهدوا على الرجوع، والوجه فى ذلك أن الموصى له الثانى أثبت الوصية لنفسه فى العين، وهو استحقاق على الميت، والوارث خصم فى ذلك، أما إثبات

الرجوع عن الوصية الأولى فليس باستحقاق على الميت بل هو استحقاق على الموصى[(١)] له الأول خاصة، لا يقع ذلك على الميت، ولا على الوارث، والوارث ليس بخصم عن الموصى له الأول، فيصح القضاء على الوارث بالوصية، ولم يصح القضاء عليه بالرجوع، فلهذا كانت الجارية بينهما نصفين، فإذا حضر الأول فإن أعاد الثانى البينة على الرجوع، أخذ الكل، وإلا أخذ نصفها؛ لما قلنا.

وإن أقام الأول بينة أن الميت أوصى له بثلث ماله، ودفعه القاضى إليه، ثم أقام الثانى البينة على الأول أن الميت، رجع عن الوصية الأولى، وأوصى بثلث ماله للثانى، فالقاضى يأخذ الثلث من الأول، ويدفعه إلى الثانى؛ لأنه يدعى استحقاق جميع ما فى يد الأول، والأول يجحد ذلك، فينتصب خصمًا بحكم اليد، وإذا انتصب خصمًا كان الثانى مثبتًا استحقاق نفسه، وبطلان حق الأول على من هو خصم فيها، فلهذا كان كما قلنا. ولو كان الوارث هو الحاضر قضى القاضى بالوصية الثانية دون الرجوع عن الوصية الأولى؛ لما مر.

ولو كان الأول موصى له بعيب بعينه، والعبد مدفوع إليه بقضاء القاضى، ثم أقام آخر البينة على الموصى له، أن الميت أوصى له بمائة من ماله، فالموصى له بالعبد لا يكون خصمًا له؛ لأن الثانى لا يدعى استحقاق شيء مما فى يد الأول بعينه؛ لأن فى يد الأول عبد وهو لايدعى استحقاق شيء من العبد، ولهذا لو هلك العبد فى يد الأول، لا يبطل وصية صاحب المائة، فلم يكن الثانى مدعيًا استحقاق شيء مما فى يد الأول بعينه، والموصى له بالعين إنما ينتصب خصمًا لمن يدعى استحقاق شيء مما فى يده بعينه، ولو حضر الوارث، وغاب الموصى له الأول، كان الوارث خصمًا للثانى؛ لأن الوارث خصم لمن يدعى دينًا على الميت على ما مر، فلهذا يكون خصمًا لمن يدع وصية مرسلة، ويكون القضاء عليه قضاء على الموصى له الأول.

١٧٠٦٥- رجل له على رجل ألف درهم قرض، أو كان غصب منه ألف درهم، وكانت فى يد الغاصب قائمة بعينها، أو استودعه ألف درهم، وهى قائمة بعينها فى يد المودع، فأقام رجل البينة أن صاحب المال توفى، وأوصى له بهذه الألف التى قبل هذا

---

(١) هكذا فى ظ وف وم وكان فى الأصل: "على الوصى الأول".

الرجل، والرجل مقر بالمال، لكنه يقول: لا أدرى أمات فلان أو لم يمت؟ لم يجعل القاضى بينهما خصومة حتى يحضر وارثًا أو وصيًا، أما فى الوديعة والغصب، فلأنهما اتفقا على أن يده إما يد أمانة أو يد غصب، وأيًا ما كان لا يكون يد خصومة على ما مر، ونظيره إذا ادعى عينًا فى يدى رجل أنه اشتراه من فلان الغائب، وصاحب اليد يقول: أنا مودع الغائب، أو غصبته منه، لا ينتصب خصمًا للمدعى، كذا ههنا، أما فى الدين فلأنه يدعى على الميت تملك الدين الذى فى ذمة هذا، وليس للمدعى عليه يد على ما يدعيه الموصى له، فإن المديون لابد له على ما فى ذمته من الدين، ولا ملك له، فلم ينتصب خصمًا.

فرق بين هذا وبينما لو جاء رجل وادعى أنه وارث فلان ابنه أو أخوه، والغاصب أو المودع مقر بالمال، ولكنه قال: لا أدرى أمات فلان أو لم يمت؟ أو قال: لا أدرى أأنت وارثه أم لا؟ فأقام البينة على موته، وعلى أنه وارثه، تقبل البينة، وينتصب هو خصمًا للوارث.

والفرق: وهو أن الوارث خليفة الميت قائم مقام الميت، وكونه مودعًا أو غاصبًا لا يدفع خصومة صاحب الوديعة والغصب عن نفسه حتى لو قال المودع أو الغاصب: لا أدرى أأنت الذى أودعتنى، أو غصبت منك أم لا؟ لا يندفع عنه هذه الخصومة بهذا القول، فكذلك كونه مودعًا أو غاصبًا لا تندفع خصومة خليفته، أما الموصى له ليس بخليفة عن الميت، فإنما ينتصب المدعى عليه خصمًا له باعتبار يده، وتعذر جعل المدعى عليه خصمًا له بحكم اليد على ما مر، فلهذا افترقا.

هذا الذى ذكرنا إذا كان الذى قبله المال مقرًا بالمال، فإن قال الذى فى يده المال: هذا ملكى، وليس عندى من مال الميت شىء، صار خصمًا للمدعى؛ لأنه نازعه بدعوى الملك، فصار خصمًا له فى إثبات الملك، وفى إثبات سببه، وصار كرجل ادعى عينًا فى يدى رجل أنه اشتراه من فلان الغائب، وصاحب اليد يقول: هو لى، فإنه ينتصب خصمًا للمدعى، كذا ههنا، وإذا جعله القاضى خصمًا فى هذا الوجه، قضى له بثلث ما فى يد المدعى عليه؛ لأن محل الوصية الثلث، والقاضى لم يعرف للميت مالا آخر، فيقضى له بثلث هذا المال، إلا أن يقيم المدعى بينة أن الميت ترك ألفى درهم غير

هذه الألف، وأن الوارث قبض ذلك، فحينئذٍ يقضى القاضى للموصى له بكل هذه الألف؛ لأنه أثبت استحقاق كل الألف لنفسه بالبينة العادلة، فلو حضر الوارث بعد ذلك، وقال: لم أقبض من مال الميت شيئًا، لم يلتفت إلى قوله؛ لأنه صار مقضيّا له عليه بوصول ألفى درهم إليه فى ضمن ثبوت الألف ثلثا التركة.

ولو كان مكان الموصى له غريمًا يدعى دينًا على الميت، والمسألة بحالها، لم يكن الذى قبله المال خصمًا، سواء كان صاحب اليد مقرّا بالمال أو جاحدًا، أما إذا كان مقرّا، فلأنه لا ينتصب خصمًا للموصى له فى هذا الوجه مع أنه يدعى[1]شركة فى العين، فلأن لا ينتصب خصمًا للغريم، وإنه لا يدعى شركة فى العين كان أولى، وأما إذا كا جاحدًا؛ لأنه لا يدعى عينًا فى يد صاحب اليد، وإنما يدعى دينًا على الميت، واستحقاق العين تابع له، فإذا لم يصلح خصمًا فى الأصل لم يصلح خصمًا فى التبع أيضًا، فإن أقام هذا المدعى بينة أن فلانًا مات، ولم يدع وارثًا ولا وصيّا، يقبل القاضى بينته، وكان ينبغى أن لا تقبل هذه البينة؛ لأنها قامت على غير خصم، والجواب: لا، بل قامت على خصم، وهو القاضى؛ لأن الشهود لما شهدوا أنه لم يترك وارثًا، فقد شهدوا أن تركة الميت لجماعة المسلمين، فالمدعى يدعى حقّا فى مال جماعة المسلمين، ولا يمكنه الخصومة مع جماعة المسلمين، فينتصب القاضى خصمًا عن جماعة المسلمين، لكونه نائبًا عن المسلمين، ولأنه يدعى بهذا وجوب نصب الوصى على القاضى حسبة، والقاضى فيما على نفسه يصلح قاضيًا، وإذا قضى القاضى بهذه البينة ينتصب عن الميت وصيّا، ويأمر المدعى أن يقيم البينة عليه بذلك الدين، فإذا فعل قبل بينته على الدين، وأمر الذى قبله المال بقضاء الدين إلى الغريم إن كان الذى قبله المال مقرّا بذلك.

ثم عاد محمد رحمه الله إلى صدر المسألة، فقال: لو أن الموصى له أقام البينة أن فلانًا مات، ولم يدّع وارثًا، وأوصى له بالألف التى قبل فلان وديعة أو غصبًا، وقال الشهود: لانعلم له وارثًا، والذى قبله المال مقر بالمال الذى قبله، فالقاضى يقضى بالمال للموصى له.

فرق بين هذا وبينما إذا كان للميت وارث، والفرق: وهو أنه إذا كان للميت

---

(١) وفى م: "لا يدعى".

وارث لايمكن أن يجعل الموصى له بمنزلة الوارث؛ لما فيه من إبطال وراثة من جعله الشرع وارثًا فى قدر الموصى به، وليس للعبد ولاية إبطال ما أثبته الشرع، فجعل الإيصاء ثمة تمليكًا، وجعل الموصى متملكًا على الميت بمنزلة الموهوب له والمشترى، فلم يمكن الموصى له نائبًا عن الميت، فلا ينتصب المودع والغاصب خصمًا له، فأما إذا لم يكن للميت وارث، فالموصى له يجعل وارثًا؛ لأن الموصى أقام مقام نفسه مما يتركه، وهذا هو تفسير الوارث، وأمكن جعله وارثًا؛ لأن جعله وارثًا لا يؤدى إلى إبطال ما أثبته الشرع، فجعل كالوارث، وقد بينا أن يد المودع لاتدفع خصومة الوارث، ولهذا قلنا إن الموصى له حال قيام الوارث لا يرد بالعيب بمنزلة المشترى والموهوب له، وفى حال عدم الوارث يرد بالعيب كالوارث.

استشهد فقال: ألا ترى أن الشهود لو شهدوا أن الميت أقر عند موته أنه أخوه لأبيه وأمه لا يعلمون له وارثًا غيره، جعلت الميراث له، وصار المودع خصمًا له، وإن لم يثبت نسبه من أبيه جعله وارثًا، وأمكن جعله وارثًا لما لم يكن للمقر وارث، كذا ههنا.

١٧٠٦٦- وذكر فى الأقضية عن محمد: إذا مات الرجل، وقد كان أوصى إلى رجل، أى جعله وصيًا وقبل الوصى الوصاية فى حياته أو بعد موته، وجاء إلى القاضى يريد إثبات وصايته، فالقاضى ينظر فيه إن كان أهلا للوصاية، يسمع دعواه إذا أحضر مع نفسه من يصلح خصمًا له، قال: والخصم فى ذلك وارث أو موصى له، أو رجل للميت عليه دين، أو رجل له على الميت دين، أما الوارث فلأن الموصى يدعى أن يده فوق يد الوارث فى مال الميت رأيًا وتدبيرًا وتصرفًا، والوارث ينكر ذلك، فيكون خصمًا له، وأما الموصى له فلأنه بمنزلة الوارث، وأما الغريم الذى للميت عليه دين فلأنه يدعى عليه حق استيفاء ما عليه من الدين للميت، وهو ينكر ، وأما الغريم الذى للميت عليه دين، فقد قال بعض مشايخنا: إنه لا يكون خصمًا له؛ لأنه لا يدعى عليه شيئًا، فكيف يكون خصمًا له؟ وقال الخصاف: يكون خصمًا له؛ لأنه يريد أن يدفع خصومته فى الدين، وإنما يكون له ذلك بعد إثبات الوصاية، هذه الجملة من كتاب الأقضية.

١٧٠٦٧- وفى "المنتقى" رواية إبراهيم رحمه الله: رجل مات وعليه دين، وأوصى بثلث ماله أو بدراهم مسماة لرجل، فأخذها الموصى له، ثم جاء الغريم والورثة

شهود أو غيّب، وقدم الموصى له إلى القاضى، فالموصى له لا يكون خصمًا، وأشار إلى أن الوصية متى حصلت بقدر الثلث، فالموصى له لا يعتبر بالوارث، وإذا حصلت الوصية بما زاد على الثلث، وصحت بقدر الثلث، فالموصى له خصم للغريم فى هذه الحالة، ويعتبر الموصى له فى هذه الحالة بالوارث؛ لأن استحقاق ما زاد على الثلث من خصائص الوارث، والوارث ينتصب خصمًا للغريم، ففى حق الوصى يجب أن يكون الجواب كذلك، وصاحب الأقضية ذكر الموصى له مطلقًا من غير فصل بين ما إذا كان موصى له بالثلث أو بالزيادة على الثلث، فيحتمل أن يكون المراد منه، إذا كان موصى له بالزيادة على الثلث.

نوع آخر
من هذا الفصل فى المتفرقات:

١٧٠٦٨- فى "المنتقى": رجل مات وله ابنان، أحدهما غائب، فادعى الحاضر أن له على أبيه ألف درهم دين، ولا مال للميت غير ألف درهم على رجل، فإنى أقبل بينة الابن الحاضر فى إثبات الدين على الأجنبى، ولا أسمع بينته على أبيه بدينه؛ لأنه ليس معه خصم، ولا أقضى له من الألف التى قضيت على الأجنبى بشىء؛ لأنه يزعم أنه لا ميراث له، فأوقف الألف حتى يجىء الأخ.

١٧٠٦٩- وفيه أيضًا: رجل فى يديه دار اشتراها وطلب الشفيع الشفعة، فقال المشترى: اشتريته لفلان، وأقام بينة أنه قال هذا القول قبل أن يشتريها، وأقام البينة أن فلانًا وكله بشراءها منذ سنة، قال: لا أقبل بينته؛ لأنى لو قبلتها، ألزمت الغائب البيع.

١٧٠٧٠- وفيه أيضًا: رجل فى يديه دار ادعاها رجل أنها له، وأقام الذى فى يديه الدار بينة أن هذه الدار لفلان اشتراها من فلان هذا المدعى، ووكلنى بها، فإنى[1] أقبل بينته، وأجعله وكيلا، وأدفع الخصومة عنه، ولا ألزم الغائب الشراء من هذا المدعى؛ لأن هذا أقام البينة على شراء الغائب، وعلى أن يده ليست بيد خصومة، والمدعى خصم له فى أحدهما دون الآخر، فيقبل بينته عليه فيما هو خصم فيه، ولا تقبل بينته فيما ليس

(١) وفى ظ: "فأبى".

بخصم فيه .

١٧٠٧١ - وقال أبو يوسف رحمه الله : رجل في يديه دار ، ادعى رجل هذه الدار ، وقال : الدار لي اشتراها فلان الغائب منك لأجلي ، وجحد الذي في يديه الدار البيع ، قال : أقبل بينة المدعى عليه[1] ، وكذلك لو كان المشترى حاضرًا منكرًا للشراء ، وهذا بمنزلة رجل ادعى دارًا في يدى رجل ، وقال : اشتريتها من فلان ، وكان فلان اشتراها منك . قال أبو حنيفة رحمه الله : إذا ادعى أنه اشتراها من فلان ، وفلان اشتراها من الذي هي في يده قبلت بينته . وقال أبو يوسف رحمه الله : لو قال الذي في يديه قد كنت بعتها من فلان الذي تزعم أنك وكلته بالشراء لك ، وفلان غائب ، فلا خصومة بين المدعى وبينه ، وكذلك لو قال : قد كنت بعتها من فلان الذي تزعم أنك اشتريتها منه ، وهي في يدى حتى يدفع الثمن ، أو قال : أودعنيها .

١٧٠٧٢ - ولو أن رجلا جاء بصك باسم فلان غيره على رجل إلى ذلك الرجل ، وقال : هذا المال الذي في هذا الصك باسم فلان عليك قد أقر لي به فلان ولي البينة بذلك ، فإن أنكر المدعى عليه أن يكون لفلان الغائب عليه شيء ، فهو خصم ، أقبل بينة هذا المدعى ، وأقضى له بالمال ، وإن أقر المدعى عليه بالمال للرجل الذي الصك باسمه ، فإني لا أقبل بينة هذا على الغائب الذي الصك باسمه ، فإنه أقر بأن المال له حتى يحضر ، هذا هو قول أبي يوسف ، وروى عن أبي حنيفة : أنه قال : لا أقبل بينته ، وإن أنكر المدعى عليه أن يكون لفلان الغائب عليه شيء .

١٧٠٧٣ - ذكر عن ابن سماعة في "الرقيات" : أنه كتب إلى محمد بن الحسن رحمهما الله في رجل ادعى دارًا في يدى رجل ، وقال هذه الدار كانت لفلان بن فلان الفلاني ، وأنه باعها من فلان ابن فلان الفلاني بألف ، وأنا شفيعها وأريد أخذها بالشفعة ، وقال الذي في يديه هي داري لم يملكها فلان وفلان قط ، وأقام المدعى عليه بينة على ما ادعى من ذلك ، قال : أما في قولي وهو قياس قول أبي حنيفة : فلا خصومة بينهما حتى يحضر المشترى إن كان قبض الدار من البائع ، وحتى يحضرا جميعًا إن لم يكن المشترى قبض الدار . وأما في قول أبي يوسف : فالذي في يديه الدار خصم ،

---

(١) هكذا في ظ وف وم ، وكان في الأصل : "المدعى" .

ويقضى القاضى للشفيع بالدار، ويدفعها إليه، ويأخذ الثمن من الشفيع، فيضعه على يدى عدل، ويكون ذلك قضاء على المشترى والبائع، وإن كان المشترى أيضًا حاضرًا منكرًا للشراء. قال محمد رحمه الله: أقضى بالدار للشفيع، وأجعل العهدة على المشترى، وأدفع الثمن إليه.

١٧٠٧٤- ابن سماعة عن محمد: فى رجل أمر رجلا أن يشترى له عشرة دنانير بمائة درهم، ففعل ذلك، وقبض الدنانير، ودفع الدراهم، فجاء رجل يدعى الدنانير، فالمشترى خصم له، ولا أقبل بينة المشترى أن فلانًا أمره، وأشترى هذه الدنانير له، وإن أقر مدعى الدنانير بذلك، لم أجعل بينهما خصومة.

١٧٠٧٥- وعنه أيضًا: رجل ادعى على رجل أنه باع هذا العبد بألف درهم بأمر مولاه فلان، وهو بضاعة فى يديه، فقال المدعى عليه: بعته بغير أمر صاحبه، فإنى أجعله خصمًا وأقضى عليه بدفع العبد إلى المشترى؛ لأنى إنما أقضى عليه بالبيع.

١٧٠٧٦- رجل ادعى مملوكًا، وزعم أنه له، وقال: ليس هو اليوم فى يدى، وقال المملوك: أنا مملوك فلان الغائب، فإن جاء المملوك ببينة على ما ذكر، فلا خصومة بينه وبين المدعى، وإن لم يقم على ذلك بينة، قبلت بينة المدعى عليه، وقضيت به له، فإن جاء المقر له بعد ذلك، لم يكن له على العبد سبيل، فإن أقام بينة قبلت بينته، ويقضى له بالعبد على المقضى له الأول، قال فى الكتاب: لأنى إنما قضيت للأول على العبد بعينه. ولو أن رجلا ادعى عبدًا فى يدى عبد، أو ادعى دينًا عليه، أو ادعى شراء شىء منه، فهو خصمه إلا أن يقر المدعى أنه محجور عليه، فلا أجعل بينهما خصومة.

١٧٠٧٧- رجل فى يديه دار، جاء رجل، وادعى أنها دار فلان، وأنه له عليه ألف درهم، وأنه كان رهنه بالألف التى له عليه هذه الدار منذ شهر، ودفعها إليه، ثم إنه بعد ذلك استعارها منه، فأعارها إياه، وفلان رب الدار غائب، وأقام الذى فى يديه الدار بينة أن الدار داره اشتراها من فلان الذى زعم المدعى أنه رهنها إياه أمس، وقال: اشتريته منه منذ عشرة أيام، وشهد له الشهود بذلك، فإن الذى ادعى الرهن يستحقها، ويقبل بينته عليها، فإن قال المشترى: أنا أنقض البيع، فالقاضى لا ينقض بيعه على الغائب حتى يحضر الذى باعه، وكذلك إذا ادعى الاستئجار مكان الرهن.

ولو كان مكان الراهن، أو المستأجر رجل يدعى ملك الدار، ويزعم أنه اشتراها من صاحب الدار منذ شهر قبل شراء الذى الدار فى يديه، فإنه خصم يقضى له بالدار، وينقض البيع الثانى. وإن كان شهود المدعى لم يشهدوا على قبض البائع الثمن، فإن الحاكم يأخذ منه الثمن، فيكون عنده للبائع، ويسلم الدار.

١٧٠٧٨- قال هشام: سألت محمدًا عن رجل اشتريت منه جارية، ونقدته الثمن، وقبضت الجارية، فاستحقها منى إنسان ببينة، وقضى القاضى بها للمستحق، فأحضرت الذى باعنيها، فقال البائع: لى البينة على أن الذى استحقها منك باعنيها، وأقر بها لى، فالقاضى يخيّر المشترى إن شاء ولى الخصومة بنفسه، وإن شاء رد بالثمن على البائع، وإن قال المشترى: أقف أمرى، ويلى البائع الخصومة بنفسه، ليس له ذلك.

١٧٠٧٩- رجل أقر بدار فى يديه أنها لفلان، سمى رجلا غائبًا غيبة منقطعة، وأنه أمر فلانًا أن يحفظهاعلى المقر له، ثم إن ذلك الرجل جعلها على يدى، وقد مات، فإن المجعول بيده[1] يكون خصمًا لكل من ادعاها إلا أن يقيم البينة على أن الغائب فلان ابن فلان، وقد أثبتوا معرفته، دفعها إلى الميت الذى دفعها إلى هذا الذى هى فى يديه وغاب، فإذا أقام على ذلك بينة، فلا خصومة بينه وبين المدعى، قال: ولا أجعله وصيّا إلا فيها خاصة فى قول محمد، فأما فى قياس قول أبى حنيفة: ينبغى أن يكون وصيّا فى كل شىء.

١٧٠٨٠- رجل ادعى رجل أن له على فلان ألف درهم، وأنه مات قبل أن يؤديها إليك[2]، وأن له فى يديك من ماله ألف درهم، وطالبه بقضاء الدين من ذلك المال، فالقاضى لا يسمع دعواه، ولا تقبل بينته، ولو طلب من القاضى أن يحلف المدعى عليه، فالقاضى لايحلفه، وهذا لأن الدعوى إنما يسمع على الخصم، والمدعى عليه ليس بخصم له فى هذه الصورة؛ لأنه لا يدعى عليه، ولا فى يديه شيئًا، وإنما يدعى دينًا على الغير، وإنه ليس يخلف عن ذلك الغير؛ ليسمع الدعوى عليه بطريق

---

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وف وم: "بيده حتى يكون خصمًا".

(٢) هكذا فى الأصل، وكان فى ف وم: "إليه".

الخلافة، فلا يسمع دعواه، وإذا لم يسمع دعواه، لا يسمع بينة، ولا يخلف المدعى عليه.

١٧٠٨١- رجل ادعى عمامة فى يدى رجل رفاء، وقال: هذه عمامتى بعثت بها على يدى تلميذى إليك لتصلحه، وأنكر الرفاء أن يكون العمامة للمدعى، لا تصح هذه الدعوى من هذا المدعى؛ لأنه أقر أن العمامة وصلت إلى يد الرفاء من جهة الغير، فلم يكن يد الرفاء يد خصومة بحكم إقراره، هذا إذا استحق مال المضاربة، فإن كان فيه ربح، فالمضارب خصم بقدر حصته من الربح، ولا يشترط حضرة رب المال، وإن لم يكن فيه ربح، فالخصم رب المال دون المضارب، وإن كان مال المضاربة ألفًا، فاشترى المضارب بها عبدين أو جاريتين قيمة كل واحد منهما ألف، فإن ههنا لا يظهر الربح، ويكون الخصم فيها رب المال، ويشترط حضرته عند استحقاقهما، وعند استحقاق أحدهما.

١٧٠٨٢- هشام قال: سمعت محمدًا يقول فى رجل على طريق من طرق المسلمين نافذ، فبنى فيه أو زرع، ثم خرج ودفعه إلى إنسان، فجاء أهل الطريق، وخاصموه، فأقام الذى فى يديه بينة أنها فى يدى فلان وكله به، ودفعه إليه، قال: إن كان طريقًا مما يشكل، ولا يعلم أنه طريق إلا ببينة، فلا خصومة بينهما حتى يحضره الدافع، وإن كان شيئًا لا يشكل، فهو خصم.

١٧٠٨٣- ابن سماعة فى "نوادره" عن أبى يوسف رحمه الله: رجل اشترى من آخر عبدًا، وقبضه، ونقد الثمن، فجاء رجل وادعى هذا العبد على المشترى، فأقر المشترى بالعبد للمدعى، أو أقر أنه حر الأصل، فإن أبا حنيفة رحمه الله قال: إقراره جائز، وليس له أن يخاصم البائع ببينة يشهدون أنه حر الأصل، يريد بهذا أن المشترى لو أقام بينة على البائع أنه حر الأصل، ليرجع بالثمن على البائع، لا تقبل بينته، علّل فقال: لأن هذه البينة إنما يشهد للعبد فلا أقبلها، وكذلك لا يقبل من المشترى البينة على أن العبد ملك المقر له، يريد به أن المشترى لو أقام البينة على أن العبد ملك هذا المدعى ليرجع بالثمن عليه، لا تقبل بينته.

وقال أبو يوسف رحمه الله: إن اشترى المشترى العبد من المقر له بالملك، وقبضه

جعلته خصمًا للبائع من قبل أنه يطلب الثمن، والعبد في يديه يريد به أنه بعد ما أقر المشترى بالعبد للمدعى لو اشتراه من هذا المدعى، وقبضه ثم خاصم البائع فى ذلك، سمعت خصومته، وكذلك أقبل منه البينة أن العبد حر الأصل، وإن لم يحضر العبد يدعى الحرية من يدى الحاكم، وإن لم يشتر العبد من المقر له بالملك، بل هو فى ملكه، لم أقبل منه البينة على أن العبد للمدعى، وأقول فى هذا مثل قول أبى حنيفة، قال: وإن جاء المدعى والبائع والمشترى، واختصما، فأقر المشترى بالعبد للمدعى، وقال: هذه البينة بينة المدعى أن العبد عبده، فإنى أقبل منه البينة على البائع بهذا إذا كانوا جميعًا، وكذلك إن خاصم المشترى البائع فى ذلك بعد ما دفع العبد إلى المدعى، فجاء المدعى يزعم أن العبد له، قال: لأنى لا أدرى لعله ينكر أن يكون العبد له، وقال أبو يوسف: القياس ما قاله أبو حنيفة رحمه الله فى جميع ذلك، إلا أنى استحسنت احتياطًا للناس فى أموالهم.

١٧٠٨٤- إبراهيم فى "نوادره" عن محمد رحمه الله: رجل أعتق عبدًا، ومات الرجل، فجاء رجل وادعى أنه ابن الرجل الميت الذى أعتق، وليس للميت وصى، هل يكون هذا المعتق خصمًا؟ قال: إن كان أعتقه فى حالة المرض يكون خصمًا، وإن كان أعتقه فى حالة الصحة لا يكون خصمًا.

١٧٠٨٥- بشر عن أبى يوسف: فى رجل له على رجل مال، فأوصى به لرجل، ثم إن الذى عليه المال جحد المال، قال: الورثة يخاصمونه[١]، فإذا أراد القاضى أن يقضى لهم، قضى بها لصاحب الوصية، وأحاله بها من الثلث. وعنه أيضًا: تقبل بينة الوصى على وصية الميت إليه بحضور وارث مقر بالوصية إليه، أو طالب دين أو مطلوب بدين، أو صاحب وصية مقر بالوصية، وكذلك تسمع بينة مدعى الدين على الميت بحضور وارث مقر به، ويكون ذلك حكمًا على سائر الورثة.

١٧٠٨٦- رجل فى يديه دار، وهو مقر بأنها لفلان مات وتركها ميراثًا، وسمى الورثة، وبعضهم غيب، وادعى الشراء من الغيب حقوقهم، وسأل أن يترك ذلك فى يده إلى أن يحضروا لم أتركه فى يده، فإن أحضر بينة على الشراء، سمعت شهادتهم،

---

(١) وفى الأصل: "قال فإذا أراد".

ولكن لا أنفذ البيع، ولا أقضى على الغائب، ولكن أترك ذلك فى يده، واستوثق منه كفيلا حتى يقدم الغائب، فيستأنف الخصومة معه.

١٧٠٨٧- رجل وكل رجلين بخصومة رجل، فأقام المدعى على أحدهما شاهدًا واحدًا، وعلى الآخر شاهدًا آخر، قال: هو جائز، وكذلك لو أقام على الوكيل شاهدًا واحدًا، وعلى الموكل شاهدًا واحدًا، وكذلك لو أقام على الحى شاهدًا، وعلى الورثة بعد موته شاهدًا.

هشام عن محمد: فى رجل فى يديه دار، قال صاحب اليد لرجل: هذه الدار لك ورثتها من أخيك فلان، وقال المقر له: لا، بل هذه الدار لرجل آخر ورثها من أخيه، قضى بها للمقر له الآخر إذا كان كلام المقر له موصولا، وجنس هذا فى كتاب الإقرار، فإن غاب المقر له الأول، وجاء المقر له الآخر إلى الذى الدار فى يديه، وأقام البينة عليه بإقراره للغائب، وبإقرار الغائب له، لا تقبل بينته.

١٧٠٨٨- إبراهيم عن محمد: رجل باع دارًا من رجل ولم يدفعها إلى المشترى حتى غصبها غاصب، فمن يكون الخصم فيها؟ قال: إن كان المشترى نقد الثمن، أو كان الثمن إلى أجل، فالخصم هو المشترى، وإن كان المشترى لم ينقد الثمن، فالخصم هو البائع.

١٧٠٨٩- هشام عن محمد: رجل أجر دارًا من رجل، وقد علم القاضى بذلك، ثم إن المستأجر غاب، ووكل رجلا بالدار بشهادة شهود، فقدم رب الدار الوكيل، وادعى أنها داره، فادعى الوكيل الوكالة، وقال: لى بينة على ذلك، قال: لا أقبل بينة الوكيل. قال هشام: وإنما ذلك لعلم القاضى به.

١٧٠٩٠- رجل اشترى شيئًا بميتة أو دم أو خمر أو خنزير، وقبض المشترى، ثم جاء مستحق، واستحق المشترى بالبينة، ففى الشراء بالميتة والدم لا يكون المشترى خصمًا، ولايسمع البينة عليه، وفى الشراء بالخمر والخنزير يكون المشترى خصمًا، ويسمع البينة عليه.

١٧٠٩١- قال محمد رحمه الله فى "الجامع": رجل اشترى من آخر إبريق فضة بدينارين، وقبض الإبريق، ونقد دينارًا واحدًا، ثم تفرقا قبل أن ينقد الدينار الآخر حتى

فسد العقد فى نصف الإبريق، لا يتعدى الفساد إلى النصف الآخر، وهذا الجواب لا يشكل على قولهما، وإنما يشكل على قول أبى حنيفة؛ لأن من مذهبه أن العقد إذا كان صفقة واحدة، ففسد بعضه فسد الباقى؛ لأن ذلك إنما يكون إذا كان فساد العقد فى البعض بمفسد مقارن للعقد، أما إذا كان الفساد بمفسد طارئ لا يتعدى الفساد إلى الباقى، كما إذا اشترى عبدين، وهلك أحدهما قبل القبض، فإنه لا يفسد العقد فى الحى منهما، وإنما لا يفسد؛ لما قلنا.

فإن حضر رجل بعد ما غاب بائع الإبريق، وادعى أن نصف الإبريق له كان المشترى خصمًا له؛ لأن المشترى مالك جميع الإبريق؛ لأنه وإن فسد السبب فى النصف لمكان الافتراق، لا يبطل ملكه فيه ما لم يرده[1]؛ لأن فساد السبب فى الابتداء لا يمنع ثبوت الملك عند اتصال القبض به، فأولى أن لا يمنع بقاء الملك فى المقبوض، وكان كل الإبريق ملكًا للمشترى، فيكون خصمًا للمدعى، فلو حضر الغائب[2] بعد ما أقام المستحق البينة على النصف، وقضى القاضى بالنصف له، رد المشترى على البائع ربع الإبريق؛ لأن النصف المستحق شائع فى النصفين نصفه، وهو الربع فى النصف الذى صح سببه، والنصف الآخر، وهو الربع فى النصف الذى فسد سببه، وإنما بقى فى يد المشترى مما هو مقبوض بالسبب الفاسد نصف النصف، وهو الربع، فلهذا رد المشترى عليه ربع الإبريق، ورد البائع عليه نصف الدينار حصة ما استحق مما هو مملوك بالسبب الصحيح، ولا يثبت للمشترى الخيار، وإن صار البائع شريكا له فى الإبريق؛ لأنه رضى بهذه الشركة؛ لما لم ينقد الدينار الآخر مع علمه أن للبائع أن يأخذ نصف الإبريق، فصار راضيا بالشركة.

١٧٠٩٢- ولو أن رجلا اشترى من رجل عبدًا بصفقة واحدة نصفه بمائة دينار حالة، ونصفه بمائة دينار إلى العطاء، فقبض المشترى العبد، وغاب البائع، فحضر رجل، وأقام البينة أن له نصف العبد، كان الجواب فى هذه المسألة والجواب فى المسألة الأولى سواء فى الفصول كلها؛ لأن ههنا فسد نصف السبب، وصح نصفه، فملك كل

---

(١) هكذا فى ظ، وفى ف: "ما لم يره" وفى م: "ما لم ره" وفى الأصل: "ما لم يرعه".

(٢) هكذا فى الأصل وظ وكان فى ف وم: "البائع".

العبد نصفه بسبب فاسد، ونصفه بسبب صحيح، كما فى مسألة الإبريق، إلا أن الفساد هنا لمكان الجهالة، وفى مسألة الإبريق لمكان الافتراق قبل قبض بعض بدل الصرف، أما فيما عدا ذلك هذا والأول سواء، ولا يتعدى الفساد إلى النصف الثانى عند حنيفة، وإن كان الفساد فى أحد النصفين بسبب مقارن للعقد، إلا أن المفسد المقارن ههنا غير متقرر، ولهذا لو أسقطا الأجل بقى العقد صحيحًا، وإنما تقرر عند حلول الأجل، وكان المفسد طارئًا معنى، وإن كان مقارنًا صورة.

١٧٠٩٣- ولو اشترى نصف عبد من رجل، وأودعه البائع النصف الآخر، وغاب البائع، ثم جاء رجل وادعى نصف العبد، وأقام البينة، وأقام ذو اليد بينة على أنه اشترى من فلان نصفه، وأودعه فلان بعينه نصفه، لم تصح الدعوى، ولم يصر المشترى خصمًا؛ لأنا لو صححنا هذه الدعوى ابتداء أبطلناها انتهاء، ولو جعلنا المشترى خصمًا فى الابتداء أخرجناه من أن يكون خصمًا فى الانتهاء.

بيانه: أنا لو قضينا عليه بالنصف تبين أن العبد كان مشتركًا بين البائع وبين المستحق، وإن بيع البائع انصرف إلى نصيبه، والإيداع فى النصف المقضى به، ويد الوديعة ليست بيد خصومة، ولو كان اشترى نصف العبد من رجل، وأودعه رجل آخر نصف العبد، والمسألة بحالها، كان ذو اليد خصمًا فى ربع العبد؛ لأنا إذا جعلناه خصمًا فى الربع فى الابتداء لا يخرجه من أن يكون خصمًا فى الانتهاء.

بيانه: هو إنا إن صححنا هذه الدعوى ظهر أن العبد كان بين المستحق وبين البائع والمودع أرباعا، النصف للمستحق، والربع لكل واحد منهما، فانصرف بيع الذى باع فى الربع إلى ما يملكه، فإذا أقام ذو اليد بينة أن فلانًا باعه نصفه، وفلانًا آخر أودعه نصفه، ودعوى المستحق واقعة فيهما على سبيل الشيوع، كان الاستحقاق واردًا على نصف ما ورد عليه البيع، وعلى نصف ما ورد عليه الإيداع، فينصب المشترى خصمًا فيما ورد عليه الاستحقاق من المبيع، وذلك قدر الربع، لا فيما ورد الاستحقاق عليه من الوديعة، فلهذا كان المشترى خصمًا فى نصف ما اشترى، وهو الربع، فإذا حضر البائع كان خصمًا للمستحق فى الربع الآخر، ورجع المشترى على بائعه بنصف الثمن؛ لأنه لم يسلم له من المبيع إلا نصفه.

١٧٠٩٤- ولو أن رجلا اشترى من رجل نصف عبد، ثم اشترى منه نصفه الآخر أحدهما صحيح والآخر فاسد، أو كانا صحيحين، أو كانا فاسدين، ثم جاء رجل وادعى نصف العبد، وأقام البينة، فالمشترى خصم له، ويقضى القاضى عليه بالنصف الثانى، يعنى النصف الذى ورد عليه البيع الثانى؛ لأن المدعى لما أقام البينة ظهر أن العبد كان بينه وبين البائع نصفين، وأن البيع الأول انصرف إلى ملك البائع، صحيحًا كان أو فاسدًا، وانصرف البيع الثانى إلى نصيب المستحق، وصاحب اليد يدعى الملك فى هذا النصف الثانى، وكان خصمًا لمن نازعه، ولو كان البيع الأول صحيحًا، والبيع الثانى بميتة أو دم أو خمر، لم يكن بينهما خصومة حتى يحضر البائع؛ لأن المشترى بدم أو خمر أو ميتة غير مملوك بالاتفاق، وإنما اختلفوا فى أنه مضمون أو أمانة.

قال أبو حنيفة: هو غير مضمون، وقال محمد رحمه الله: هو مضمون، ولما كان هكذا، فالمشترى لا يدعى الملك لنفسه فى النصف المشترى بالميتة والدم والخمر، فلا يكون خصمًا لمن نازعه، بخلاف الوجه الأول على ما مر.

١٧٠٩٥- وإذا ادعى على امرأة أنها أمته، وهى تحت زوج، والزوج غائب، فدعواه صحيحة، ولا يشترط حضرة الزوج.

١٧٠٩٦- ذكر فى آخر "الجامع" مسائل فى بعضها جعل المولى خصمًا عن عبده، وفى بعضها لم يجعله خصمًا عن عبده، فقال: رجل ادعى على رجل أنه قطع يد عبده فلان خطأ، وله عليه نصف قيمته، وذلك خمسمائة مثلا، وادعى أنه زوّج أمته فلانة منه، ولها عليه المهر، والعبد والأمة حيّان غائبان، فقال المدعى عليه: نعم، لكن لا أعطيك الأرش والمهر مخافة أن يحضر العبد والأمة، فينكران الملك لك، فيضمنان، فالقاضى يلزمه المهر والأرش بإقراره؛ لأنه أقر له بالملك واستحقاق اليد، أما الملك فلأن ملك الرقبة يوجب ملك الأرش والمهر لامحالة، إذ يستحيل أن يكون العبد والجارية مملوكان لإنسان وأرش اليد والمهرلغيره، وأما استحقاق اليد فلأن اليد على أجزاء العبيد[1] والإماء للموالى لا للعبيد والإماء، ألا ترى أن من ادعى حقًا فى عبد إنسان، فالعبد لا ينتصب خصمًا له، وإنما ذلك للمولى، ألا ترى أن فى عين مسألتنا حق

(١) وكان فى الأصل وف وم: "على آخر" وكان فى ظ: "على أجزاء لعبيد... إلخ".

الخصومة فى الأرش والمهر للمولى، وإن كان على العبد والأمة دين، بدليل أنه لو كان الأمر معاينًا، فالمولى هو الذى يقبض ذلك، ويسلم إلى الغرماء، فيثبت أنه أقر بالملك واستحقاق اليد للمولى فى الأرش والمهر، فيؤمر بالتسليم إليه كما فى سائر الأعيان، وكذلك الجواب فيما إذا كان المهر عرضًا من العروض؛ لأن المعنى لا يتفاوت.

وإن كان للعبد وديعة ألف درهم عند هذا الرجل، أو غصب هذا الرجل ألف درهم من هذا العبد، أو كان للعبد ألف درهم على هذا الرجل من قرض أوبيع، فأقر الذى عنده المال الذى دفع إليه المال عبد هذا الرجل، وصدّقه المقر له، لا سبيل للمقر له على ذلك المال؛ لأن المقرلم يقرله لا بالملك، ولا باليد إما بالملك؛ لأنه ليس من ضرورة كون العبد الدافع ملكًا له أن يكون ما فى يده ملكًا له، لجواز أن يكون وديعة أوغصبًا عند العبد، ولجواز أن يكون وكيلا فيما باعه، أو أقرضه بخلاف الوجه الأول؛ لأن من ضرورة كون الذات ملكًا لإنسان أن يكون الأرش والمهرملكًا له، وكذلك لم يقر له باليد؛ لأن ما فى يد العبد من المال لا يعتبر فيه يد المولى، وإنما يعتبر فيه يد العبد، ولهذا كان العبد هو الخصم، دون المولى، بخلاف الوجه الأول على ما مر.

وكذلك لو قال الذي فى يديه أن هذا المال مال هذا الرجل غصبه منه عبده، ودفعه إليه، وصدقه بذلك المقر له، فلا سبيل للمقر له على المال حتى يحضر العبد؛ لأنهما تصادقا على وصول هذا المال إليه من قبل العبد، فكانت يد العبد ثابتة بتصادقهما، فلا يصدقان على إبطال يد العبد، وإثبات الحق فيه للمقر له.

وكذلك إن أقر رجل أن فلانًا أمر عبده ببيع أمة له، فباعها بألف، ولم يقبض الثمن، وصدّقه رب العبد بذلك لم يجبر على دفع الثمن إلى المولى؛ لأن المقر مع المقر له لما تصادقا على أن العبد هو الذى باع، فقد أقرا أن الخصم فى الثمن هو العبد دون المولى لما عرف أن حقوق العقد ترجع إلى العاقد إذا كان العاقد من أهل التزام الحقوق والمأذون أهل لذلك، فصح أنهما أقرا أن الخصم فى الثمن هو العبد دون المولى، فلا يكون للمولى ولاية الأخذ، هذا كله إذا كان المال قائمًا فى يد المقر، وإن كان مستهلكًا بأن قال المقر له : إن عبدك فلان أغصبك ألف درهم، فاستودعنيها، فاستهلكتها، أو غصبتها منه، واستهلكتها، أو قال : أقرضه منى وصدّقه المقر له، فللمقرله أن يأخذه

بذلك .

فرق بين هذا وبينما إذا كان المال قائمًا بعينه، وباقى المسألة بحاله حيث لم يكن للمولى أن يأخذه بذلك . والفرق : هو أن المال إذا كان قائمًا بعينه، وقد أقربالغصب والوديعة من عبد فلان، فقد أقر أن للغاصب حق استرداد هذا العين، ولهذ لو حضر كان حق الاسترداد له، فلو دفعنا إلى المقر له هذا العين، فقد أبطلنا حق الغائب فى الاسترداد، وكان هذا الإقرار متضمنًا إبطال حق العبد، فلا يصح أما المال إذا كان مستهلكًا، فقد انتقل حق الغائب عن العين، وانتقل إلى مثله دينًا فى الذمة، فلم يصر مقرّا للمولى بعين فيه حق للغائب، وإنما صار مقرّا بمثل المقبوض دينًا فى الذمة، وذلك خاص ملكه، وكان مقرّا للمولى بما لاحق للغائب فيه، فيصح . فإن قدم الغائب، وأنكر أن يكون عبدًا لفلان، ولا يكون غصب فلانًا شيئًا، كان القول قوله؛ لأنه أنكر الرق، والأصل فى الآدميين الحرية، وكان الظاهر شاهدًا له، فقبل قوله، وإذا جعل القول قوله، كان له أن يضمن المقر مثل المال الذى أقر بقبضه؛ لأن المقر مقر بأن وصول المال إليه كان من جهة الذى حضر، وأنه ضامن له بالاستهلاك، غير أنه يدعى عليه أن الأصل الملك لغيره، ولم يصدق فى هذه الدعوى لما حكم بحرية الغائب، فلهذا كان عليه الضمان، ثم هل يرجع المقر على المقرله؟ ففيما إذا أخذ المقر له من المقر الأرش والمهر، ثم قدم الغائب، وأنكر أن يكون مملوكًا للمقر له يرجع، وفيما عداه لا يرجع .

والفرق : وهوأن حرية الغائب وإن ثبت بقوله، فهذا لا يربو[1] على الثابت بالبينة، وحرية الغائب لو ثبتت بالبينة، فما عدا الأرش والمهر يكون سالمًا للمقر له؛ لجواز أن يكون الغائب حرّا، والمال الذى دفع إلى المقر للمقر له، فلم يظهر بهذا فساد الإقرار، فصار الحال بعد الحكم بالحرية كالحال قبل الحكم بها، أما لو ثبت حرية الغائب بالبينة، فالأرش والمهر لايكون سالمًا للمقر له، إذ لا يكون الغائب حرّا، وأرشه ومهره لغيره، فيظهر به فساد إقرار المقر، فكذا إذ ثبت بقوله . ولو قال : إن عبد فلان أقرضنى ألفًا قد غصب من مولاه، وصدّقه المقر له فى ذلك، والمال قائم بعينه، كان للمولى أن يأخذه بذلك .

---

(١) هكذا فى ظ وم، وكان فى الأصل : "لا يزيد" .

فرق بين هذا، وبينما لو قال: غصبت من عبد فلان، أوقال: استودعنيها[1]، وصدقه المولى بذلك، والمال قائم بعينه، حيث لم يكن للمولى عليه سبيل. والفرق: وهو أن فى الغصب والوديعة حصل مقرّاً للمولى بعين فيه حق الغائب، وهو حق الاسترداد على ما مر، فلا يصح الإقرا، أما فى القرض لم يقر للمولى بمال فيه حق الغائب، إذ لم يقر للغائب بحق فى هذا المال بعينه؛ لأنه زعم أن ملكه المال ببدل، وانقطع حقه عن العين؛ لأن القرض وضع لذلك، فلم يحصل مقرّاً للغائب بحق فى هذا المال، فصار مقرّاً للمولى بشيء ليس للغائب فيه حق فيصح، هذا كله إذا أقر المقر أن الغائب عبد المقر له، فأما إذا قال المقر للمقر له: لا أدرى أن الغائب عبدك أم لا، فأقام المدعى بينة أن الغائب ملكى، لم تقبل بينته حتى لايقضى له على المقر بشيء ما لم يحضر العبد؛ لأن هذه بينة قامت لإثبات الملك فى الغائب، وهو العبد، والعبد منقول، وإثبات الملك بالبينة فيما يحتمل النقل إلى مجلس القضاء حال غيبته لا يصح، ولأن هذه بينة قامت للقضاء بها على الغائب، والمقر ليس بخصم عنه؛ لأن العبد الغائب ليس فى يد المقر لا حقيقةً ولا حكمًا.

ومن ادعى حقّا فى عبد، فإنما يكون خصمًا للمدعى من كان العبد فى يده حقيقةً أو حكمًا، وإذا لم يقبل هذه البينة، لا يقضى على المقر بشيء؛ لأنه لو قضى إنما يقضى بإقراره، وهو يحصل مقرّاً للمدعى بشيء حين قال: لا أدرى أن الغائب عبدك أم لا، فإن أراد المدعى استحلاف المدعى عليه فى هذا الفصل، وهو ما إذا قال المدعى عليه للمدعى: لا أدرى أن الغائب عبدك أم لا، قال: لا يستحلفه القاضى على ملك الغائب؛ لأنه ليس بخصم فى ذلك عن الغائب، ولكن يستحلفه على المهر والأرش والوديعة المستهلكة، والغصب المستهلك والقرض المستهلك، والقائم بالله ما للمدعى قبلك هذا المال الذى يدعى لأنه ادعى عليه معنى، لو أقر به لصح إقراره على ما مرّ، فإذا أنكر يستحلف رجاء النكول، أما فى المال الذى كان قائمًا فى يد المقر، وكان المقر أقر أن الغائب أودعه أو غصبه هو من الغائب، لايستحلف، فكذا لا يستحلف فى دعوى ثمن الجارية؛ لأنه لو أقر صريحًا فى هذه الأشياء لا يصح إقراره لما أن إقراره صادف محلا تعلق به حق الغير على ما مر، فلا يفيد الاستحلاف الذى شرع لرجاء النكول.

---

(١) وفى الأصل: "استودعتها".

ولو قال الذى فى يديه المال : الذى فى يدى مالك ؛ لأنى غصبتها من عبدك ، أو أودعنيها عبدك ، وقال المقر له : المال مالى ، ما أخذته من عبدى ، وأبى أن يدفع المال إلى المولى ، كان للمولى أن يأخذها إلا أن يقيم المقر بينة على ما زعم ؛ لأن إقراره بالملك للمدعى يوجب التسليم إليه ، غير أنه بدعوى الغصب والوديعة من العبد يريد إبطال استحقاق التسليم إلى المقر له إلى أن يحضر العبد ، ولا يصدّق من غير بينة ، ولم يذكر فى الكتاب أن المقر له ، هل يحلف إذا لم يكن للمقر بينة؟ قالوا : وينبغى أن يستحلف بالله ما يعلم أن الغائب أودعه أو غصب هو هذا المال من الغائب ؛ لأن المقر له لو أقر بذلك لزمه الكف عن مطالبته ، فإذا أنكر يستحلف رجاء النكول ، ولكن يستحلف على العلم ؛ لأن هذا استحلاف على فعل الغير ، فإن لم يكن بينة ، وقبض المولى المال ، ثم حضر الغائب ، وجحد أن يكون عبدًا للمولى ، ففى الغصب ، القاضى يقضى للذى حضر على المقر بثمل ما أقر أنه غصبه ، سواء سلّم المقر المغصوب إلى المقر له بقضاء أو بغير قضاء .

وفى الوديعة كذلك الجواب عند محمد ، وعند أبى يوسف رحمه الله : لا يضمن شيئًا إلا أن يكون سلّمه بغير قضاء ، وهذا الاختلاف نظير الاختلاف فيمن قال : هذا العبد فى يدى لفلان ، ثم قال بعد ذلك : لا ، بل لفلان ، غصبتُه منه ، أو أودعنى ، ودفع إلى الأول بقضاء أو بغير قضاء ، فهو على التفاصيل الذى قلنا ، والمسألة بحجتها فى "الجامع الكبير" فى كتاب الإقرار . فإن أراد الغائب فى هذا الوجه أنه يسترد المال من المقر له ، ليس له ذلك بالإجماع ؛ لأن الإقرار للمقر له قد سبق ، فلا يبطل ذلك بمجرد إنكار الغائب ، كما لو قال : هذا عبد فلان أودعنيه فلان .

وإن كان الذى فى يديه المال بدأ ، فقال : هذا المال أودعنيه عبدك ، أو غصبته من عبدك ، وهو مالك ؛ لأن العبد عبدك ، فماله لك ، فقال المقر له : هذا عبدى كما قلتَ ، وهذا المال مالى لم تأخذه من عبدى فلان ، فإنه يُقال للمقر : أقم البينة على ما ادعيتَ ، وإلا فهو للمقر له ؛ لأن حق المقر له قد ثبت ، وحق الغائب إنما يثبت على اعتبار تصديق الغائب ، وذلك موهوم ، فوجب التسليم إلى المقر له ، فإن لم يكن له بينة ، وطلب المقر يمين المقر له على ما زعم من الغصب والوديعة ، استحلفه القاضى على ذلك على علمه على ما قلنا فى الفصول الأول . فإذا حلف المقر فى هذا الفصل ، وأخذ المال ، ثم حضر

الغائب، وأنكر أن يكون عبدًا للمقر له، وطلب ماله، كان له أن يسترد الألف من المقر له، وهو المولى من غير بينة، بخلاف المسألة الأولى، فإن ثمة الغائب لا يأخذ المال من المولى ما لم يقم البينة على الغصب والإيداع منه.

والفرق: وهو أن في المسألة الأولى المقر بدأ بالإقرار بالملك للحاضر، ثم ثنى بالإقرار للغائب، فتصديق الغائب وإن استند إلى وقت الإقرار لا يصير سابقًا على الإقرار للمدعى، فيبقى الحكم للإقرار الأول، فلهذا لم يكن للغائب ولاية الأخذ بدون الحجة، أما في مسألتنا بدأ بالإقرارللغائب، وإنما وجب التسليم إلى الحاضر لاحتمال التكذيب من الغائب، فإذا صدقه الغائب استند التصديق إلى وقت الإقرار له، وذلك سابق، فلهذا صار الغائب أولى. ومتى استرد الغائب في مسألتنا المال الذى من المقر له، لا يضمن المقر[1] للمقر له شيئًا؛ لأن المقر يقول للمقر له: قد أقررت لك بعين، ودفعت إليك، وإنما استحق من يدك، فليس لك على شيء.

فإن قيل: إنما استحق العين من يد المقر له بإقرار المقر للغائب، فصار المقر مستهلكًا العين على المقر له، فينبغي أن يضمن. قلنا: نعم إلا أن المقر أقر للغائب أولا أنه له، وأنه غصبه منه، وأقر المولى ثانيًا، ولم يقر أنه غصبه منه، ومن أقر بعين في يديه أنه لهذا، ثم أقر أنه لفلان، ودفع إلى الأول بقضاء، لا يضمن للثاني عندنا خلافًا لزفر، والمسألة في كتاب الإقرار من "الجامع" على سبيل الاستقصاء.

ولو قال المقر: هذا المال مال عبدك فلان، غصبته منه، أو أودعنيه، وقال المقر له: مالي لم يقبضه عبدى، فلا سبيل له على المال حتى يحضر الغائب، أو يقيم البينة أن المال له، بخلاف الفصلين الأولين؛ لأن في الفصلين الأولين أقر ذو اليد بالملك للمولى، لكن في الفصل الثاني في آخر كلامه وفي الفصل الأول في أول كلامه، فأمر بالتسليم إليه، فأمّا ههنا لم يقر بالملك للمولى في هذا المال إنما أقر أنه أخذ من فلان الغائب، وزعم أن فلانًا ملكه، وليس من ضرورة الإقرار بالمال لعبد الإنسان الإقرار بذلك المال لمولاه، لجواز أن يكون ما في يد العبد لأجنبي، ولم يوجد الإقرار بذلك بالملك للمولى في المال، فبقي مجرد دعوى المدعى، فلم يكن له ولاية الأخذ بدون

---

(١) هكذا في ظ وف وم، وكان في الأصل: "لا يضمن المقر له بإقرار المقر للمقر له شيئًا".

الحجة.

وهذا كله إذا كان العبد الغائب والأمة الغائبة حيّان، فأما إذا كانا ميّتين، فإن ادعى رجل قبل رجل مهر أمة له، أو أرش جناية على عبد له، أو وديعة لعبده في يديه، أو غصبًا، أو دينًا من ثمن بيع، أو قرض، وادعى أن العبد مات، وصدّقه المدعى عليه بذلك كله، فإنه يقضى للمدعى بذلك كله، ويؤمر الذى قبله بدفع المال إليه فى الوجوه كلها، أما فى الوجه الذى يلزمه التسليم حالة الحياة فلا يشكل، وأمّا فى الوجه الذى لا يلزمه التسليم فى حالة الحياة فلأنهما لما تصادقا على موت العبد، فقد تصادقا على وجوب التسليم إلى المقر له؛ لأن العبد إذا مات كان مولاه أحق بما كان فى يديه فى الوجوه كلها حتى يوصل كل حق إلى صاحبه، إذ لا يبقى ليد العبد عنده بعد موته، فصار المولى كالخلف عن مملوكه بعد خلافة الوارث عن المورّث، فكما أنه لو ادعى الميراث عن ميت، وصدّقه الذى قبله المال يؤمر بالتسليم إليه، فههنا كذلك بخلاف حال الحياة على ما مرّ.

فإن قال المقر: على العبد دين محيط بماله، لا يلتفت إلى ذلك؛ لأن سبب ثبوت الحق للمولى، قد ظهر بتصادقهما، والمانع وهو الدين لم يظهر بإقرار المقر؛ لما أن هذا إقرار على عبد الغير، وذلك يستدعى تصديق العبد، والتصديق من الميت لا يتصور. وإن أنكر الذى قبله المال جميع ما ادعاه المدعى، فأقام المدعى بينة على غصبه المال من عبده، وعلى أن عبده مات، تقبل بينته.

وكذلك فى سائر الصور فرق بين هذا، وبينما إذا كان العبد الغائب حيًا، وأنكر الذى قبله المال أن يكون الغائب عبده، وأراد المدعى إقامة البينة على أن الغائب عبده، فإنه لا تقبل البينة، ولا يقضى للمدعى بشيء.

والفرق: ما ذكرنا أن هذه بينة قامت على إثبات الملك فى الغائب، وهو العبد، وإنه منقول، وإثبات الملك بالبينة فى النقليات حال غيبته عن مجلس القضاء لا يصح، أما بعد الموت فنقل العبد إلى مجلس القضاء غير ممكن، فلم يعتبر ذلك شرطًا لصحة القضاء بالبينة، فهذا الفرق بينهما.

وفرق آخر أيضًا ما مرّ أن الغائب متى كان حيًا، فبينة المدعى على أنه عنده قامت

على الغائب للقضاء بها، وليس عنه خصم حاضر؛ لأن المقر ليس بخصم عنه على ما مر، وليس للقاضي أن ينصب عنه خصمًا مادام هو حيًا يرجى حضوره.

أما إذا كان ميتًا كان للقاضي أن ينصب عنه خصمًا فيما يدعى عليه إذا لم يكن له وصى، ولا وارث؛ لأنه لا يرجى حضوره، فلو لم يفعل ذلك أدى إلى تضييع حقوق الناس، وإذا كان للقاضي ذلك، كان جعل الذى قبله المال خصمًا -والمال فى يده- أولى، وكانت هذه بينة قامت على خصم، فقبلت.

١٧٠٩٧- رجل فى يديه مال، قال رجل لصاحب اليد: غصبنى عبدك هذا المال، فأودعها إياك، وقال صاحب اليد: صدقت، لكن لا أردها عليك؛ لأنى أخاف أن يجحد العبد أن يكون عندى، لا يلتفت إلى قوله، ويجبر على دفع الألف إليه، بخلاف ما تقدم من المسائل.

والفرق: أن فيما تقدم تصادقا أن الوصول إلى يد صاحب اليد كان من جهة العبد، ويد العبد لا تبطل بالتسليم إلى غير المولى، وهناك صاحب اليد غير مولى العبد، فيبطل حق المقر له صيانة لما تصادقا عليه من يد العبد، فأما ههنا فقد تصادقا على بطلان يد العبد؛ لأن يد العبد تبطل بالتسليم إلى المولى ما لم يكن على العبد دين، أو ثبت أن ذلك المال مال الغير، ولم يثبت ذلك، ولهذا قالوا: إن العبد المأذون إذا أودع مولاه من كسبه، أو غصب مولاه شيئًا، ولا دين عليه، ثم تصرف العبد فى المال الذى أودع مولاه، أو غصب منه مولاه، لاينفذ، ولو كان حكم يد[1] العبد لنفذ، ولما تصادقا على بطلان يد العبد عن المال، صار هذا المال ملتحقًا بسائر أموال المولى، وكان هذا الإقرار مصادقًا مال نفسه، فصح وأمر بالتسليم إلى المقر له، فلهذا افترقا، فإذا دفعه إليه، ثم حضر الغائب، فأنكر أن يكون عبدًا للمقر، كان القول قوله، وقضى القاضي له بالمال الذى أخذه المقر له إن وجده قائمًا؛ لأنهما كانا متصادقين على أن وصول هذا المال إلى ذى اليد من جهة الذى حضر، فإذا جعلنا القول قوله فى إنكار الرق، لم يثبت لذى اليد فى رقبته ملكًا، فتبين أنه كان له فى هذا المال يد معتبرة؛ لأن يد المودع قائمة مقام يد المودع، فظهر أن تصادقهما صادف محلا تعلق به حق الغير، وإنه لم يصح، فيؤمر المقر

---

(١) وفى الأصل: "بدل".

له برد المال على الذى حضر إلا أن يقيم المقر له للحال بينة أن المال ماله ، وإن كان المقر له استهلك ذلك المال الذى أخذه ، فأراد الغائب أن يضمن المقر الذى كان فى يديه المال ، كان له ذلك ؛ لأنه صار متلفًا له بإقراره للمدعى .

قال بعض مشايخنا : هذا على قول محمد ، أمّا على قول أبى يوسف : ليس له ذلك ؛ لأنه أقر للمدعى بملك مطلق ، ثم أقر بعد ذلك أن فلانًا أودعه ، ومن أقر بملك مطلق لإنسان ، ثم أقر بالوديعة لغيره ، ودفع المال إلى الأول بقضاء يضمن للثانى عند محمد خلافًا لأبى يوسف ، وبعض مشايخنا قالوا : لا ، بل يضمن ههنا عندهم جميعًا ؛ لأن المقر أقر للمدعى بملك مطلق ، ثم أقر بعد ذلك أنه غصبه من غيره ؛ لأن المولى فيما يودعه العبد لا يكون مودعًا حقيقة ، بل يكون قابضًا لنفسه ، وكان بمعنى الغاصب ، فكأنه أقر للمدعى بمطلق الملك ، ثم أقر بعد ذلك بالغصب من الغاصب .

وفى هذا الفصل : إذا دفع إلى الأول ، يضمن للثانى عند الكل ، إنما الخلاف بين أبى يوسف ومحمد فيما إذا أقر لإنسان بملك مطلق ، ثم أقر بالوديعة من غيره ، ودفع إلى الأول .

ولو قال المقر : هذا المال أودعنيه عبدى فلان ، ولا أدرى أهو لك أم لا ، فأقام المدعى بينة أن المال ماله ، فالقاضى يقبل منه هذه البينة ، ويدفع المال إليه ؛ لأن المولى فيما أخذه من العبد على سبيل الوديعة لا يكون مودعًا ، بل يكون قابضًا لنفسه .

ومن ادعى مالا فى غيره ، وذو اليد يزعم أنه مالك له ينتصب خصمًا له ، فإن حضر الغائب ، وأنكر أن يكون عبدًا للمقر أخذ ماله ، ويقال للمدعى : أعد بينتك عليه ، وإلا فلا حق لك ؛ لأنهما تصادقا على أن وصوله إلى يده ، كان من جهة الذى حضر[1] ، فإذا لم يثبت الملك للذى كان فى يده فى رقبة الذى حضر تبين أن يد صاحب اليد فى هذا ، كانت يد حفظ لا يد خصومة ، وظهر أن تلك البينة قامت على غير خصم ، فلم يكن معتبرًا ، فأمر المقر له بإعادة البينة لهذا .

وإن قال المقر : وهو الذى فى يديه المال ، هذا المال لك ، أودعنيه فلان ، وفلان ليس بعبدى ، فأقام المدعى بينة أن فلانًا عبده ، لم يكن بينهما خصومة ، ولا تقبل بينته ،

---

(١) هكذا فى ظ ، وكان فى الأصل وف وم« عليه" مكان : " حضر " .

أما لا خصومة بينهما فلأنهما تصادقا على أن الوصول إلى يد ذى اليد من يد غيره بطريق الوديعة، فالمدعى بعد ذلك بدعوى كون المودع ملكًا للمودع يدعى أن يده يد نفسه حتى يجعله خصمًا، فلا يصدق على ذلك، وأما لا يقبل بينته على كون الغائب ملكًا للمقر؛ لأن هذه البينة قامت على إثبات الملك فى عين غائب عن مجلس القضاء، وإنه يحتمل النقل، فلا يقبل حتى لو أقام المدعى بينة أن المودع غير ذى اليد، وأنه قد مات، قبل القاضى البينة، وقضى له بالمال، بخلاف حالة الحياة، والفرق قد مرّ.

١٧٠٩٨- رجلٌ وهب لعبد رجل جارية، وقبضها العبد، ثم أراد الواهب الرجوع فى الهبة، والمولى غائب، فإن كان العبد مأذونًا كان له ذلك، وإن كان محجوراً عليه، لم يكن له ذلك حتى يحضر المولى، أما الأول فلأن الواهب يدعى حقّا فيما هو كسب المأذون بعقد جرى بين المدعى وبين المأذون، فينتصب المأذون خصمًا له كما لو ادعى شيئًا فى يد المأذون أنه اشترى منه، أو ادعى شيئًا فى يد المأذون، أنه ملكه مطلقًا انتصب خصمًا، سواء كان على المأذون دين أولم يكن. وأما الثانى فلأن المحجور فيما فى يده بمنزلة المودع من جهة المولى، ألا ترى أن من ادعى عينًا فى يده أنه اشتراه من المحجور، أو ادعى ملكًا مطلقًا، لا ينتصب خصمًا له، وإن كان من كسب المحجور، كان الفقه فيه وهو أن للمأذون يدًا معتبرة على ما فى يده كالمكاتب، ولهذا لو باع المأذون ما فى يده جاز بيعه، وليس للمحجور على ما فى يده يد معتبرة، ولهذا لو باع ما فى يده لا يجوز، وإن كان من كسبه، فهذا يبين لك أن يد المأذون يد نفسه، ويد المحجور يد المولى حكمًا، ولما كان هكذا كان رجوع الواهب فى الوجه الأول متضمنًا إبطال يد العبد، فكان هو الخصم فى ذلك، فلا يشترط حضرة المولى، وفى الوجه الثانى رجوع الواهب يتضمن إبطال يد المال حكمًا، وكان المولى هو الخصم فى ذلك، فيشترط حضرته.

وإن قال العبد: أنا محجور، وليس لك أن ترجع فيها قبل حضور مولاى، وقال الواهب: أنت مأذون، ولى أن أرجع فيها قبل حضور مولاك، فالقول قول الواهب مع يمينه على علمه، قالوا: هذا استحسان، والقياس أن يكون القول قول العبد؛ لأنه متمسك بالأصل، وهو الحجر، وكان الظاهر شاهدًا له، إلا أنا استحسنا، وقلنا: القول قول الواهب مع يمينه؛ لأن الهبة حين وقعت وقعت موجبة للرجوع، فالعبد بقوله: أنا محجور يدعى تأخير حق الواهب فى الرجوع إلى حضرة المولى، والتأخير نوع إبطال،

فيكون القول قول الواهب مع يمينه، ولأن الهبة تقع للعبد، ثم ينتقل الموهوب من العبد إلى المولى، إذا كان العبد محجوراً، فالواهب بدعوى الإذن يدعى بقاءه على ملكه كما كان، والعبد بدعوى الحجر يدعى الانتقال، وإنه عارض، والقول قول من تمسك بالأصل، لا قول من يدّعى العارض، ولأن الواهب ما أقر بزوال ملكه إلا بصفة، وهو أن يكون له حق الرجوع متى شاء، ولو أنكر الزوال أصلا، كان القول قوله، فكذا إذا أنكر الزوال بصفة.

وما يقول بأن الظاهر شاهد للعبد، قلنا: نعم، ولكن إنما يجعل القول قول من يشهد له الظاهر إذا كان بالظاهر يدفع شيئًا عن نفسه، وههنا هو بهذا الظاهر يبطل حقّا مستحقّا للواهب، وهو حق الرجوع فى الهبة، فلا يلتفت إليه، ثم إنما حلفنا الواهب على العلم؛ لأن هذا تحليف على فعل الغير، وهو حَجر المولى والتحليف على فعل الغير يكون على العلم.

ولو أقام العبد بينة أنه محجور، لا تقبل بينته، ولو أقام البينة على إقرار الواهب أنه محجور، تقبل بينته؛ لأن الواهب يدعى حقّا على العبد بعقد جرى بينه وبين العبد، والعبد بهذه البينة يثبت كونه مودعًا من جهة المولى؛؛ لما مرّ أن المحجور فيما فى يده بمنزلة المودع من جهة المولى.

قلنا: ومن انتصب خصمًا لإنسان بدعوى الفعل عليه إذا أقام بينة على أنه مودع فلان، ليدفع الخصومة عن نفسه، لا تقبل بينته، ولا تندفع عنه الخصومة. أما إذا أقام البينة على إقرار المدعى أنه مودع فلان، فقد أقام البينة على أن المدعى إبراءه عن هذه الخصومة معنى؛ لأنه يريد إسقاط خصومة المدعى لمعنى وُجد من جهة المدّعى، وهو إقراره.

ومن انتصب خصمًا بدعوى الفعل عليه، لا تقبل بينته على إحالة الخصومة إلى غيره، ويقبل على إبراء المدعى إياه من الخصومة، فلهذا افترقا، فرق بين هذه المسألة وبين مسألة ذكرها فى كتاب المأذون: أن العبد إذا باع واشترى، ثم أقام البينة على أنه محجور، أو على إقرار العاقد الآخر بذلك، حيث لا تقبل، وإنما كان كذلك لأن هناك إنما لا تقبل؛ لأنه يسعى فى نقض ماتمّ به، وأراد إثباته بالبينة.

ومن سعى فى نقض ما تمّ به، وأراد إثباته بالبينة، لا يسمع ذلك منه، لصيرورته متناقضًا، وفى حق هذا لا فرق بينما إذا أقام البينة على كونه محجورًا، وبينما إذا أقام البينة على إقرار العاقد بكونه محجورًا، ألا ترى أن البائع لو كان حرّا، وأقام البينة على أن ما باع كان حرّا، أو على إقرار المشترى أن ما اشترى كان حرّا، لا يسمع ذلك منه؛ لما قلنا. أما فى مسألة "الجامع": إنما لا تقبل البينة على الحجر لكونه ساعيًا إلى نقض ما تم به؛ لأنه ساع إلى إنفاذ ما جرى بينهما من الهبة، لكن إنما لم تقبل؛ لأنها قامت على إحالة الخصومة على الغير، وهذا المعنى معدوم فيما إذا أقام البينة على إقرار الواهب بالحجر، فلهذا افترقا.

هذا كله إذا كان المولى غائبًا، والعبد حاضرًا، فإن حضر المولى، وغاب العبد، فأراد الواهب أن يرجع فى هبته، فإن كان الموهوب فى يد العبد، لم يكن المولى خصمًا؛ لأن الواهب لا يدعى على مولى العبد عينًا فى يده، ولا حقّا فى عين فى يده، ولا دينًا فى ذمته، والإنسان إنما ينتصب خصمًا لغيره بأحد هذه الوجوه، وإن كانت الهبة فى يد المولى، كان خصمًا؛ لأن المولى يزعم أن ما فى يده ملكه؛ لأن ما يأخذ المولى من عبده يكون ملكًا له إذا لم يكن على العبد دين، ولم يعرف ثبوت الدين على العبد، ومن ادعى حقّا فى عين إنسان فى يد إنسان، والذى فى يديه العين يزعم أنه مالك له، ينتصب خصمًا للمدعى، كذا ههنا.

فإن قال المولى: أودعنى هذه الجارية عبدى فلان، ولا أدرى أوهبتها له أم لا، فأقام المدعى بينة على الهبة، فالمولى خصم؛ لأن المولى فيما يودعه عبده يكون مالكًا، ولا يكون مودعًا على ما مر، فالمولى بدعواه أنه أودعها إياه عبده يزعم أنه مالك لها، فينتصب خصمًا للمدعى فى إثبات حق جرى بين المدعى وبين الغائب؛ لأنه يدّعى حقّا فيما فى يده بسبب جرى بينه وبين الغائب، فينتصب خصمًا عن الغائب كرجل فى يديه عبد، جاء رجل وادعى أنه قد اشتراه من فلان بكذا، وهو يملكه، وأقام على ذلك بينة، قضى له بذلك، وصار الحاضر خصمًا على الغائب، كذا ههنا، فإذا قضى القاضى بالجارية للواهب، فقبضها الواهب، فزادت فى يديه أى فى يدى الواهب، ثم حضر الموهوب له، وأنكر أن يكون عبدًا، فالقول قوله لكون الحرية أصلا، وكان له أن يأخذ الجارية؛ لأنا لما جعلنا القول قول الذى حضر فى أنه حر، ظهر أن الذى كانت الجارية فى

يده كان مودعًا لا مالكًا، فظهر أنه ما كان خصمًا، وأن بينة الواهب قامت على غير خصم، فالتحقت بالعدم، فرد القاضى الموهوب على الموهوب له بإقرار الواهب أنه كان فى يد الموهوب له فيما مضى، ولا يمتنع الرد على الموهوب له بسبب زيادة متصلة؛ لأنه تبين أن الزيادة حصلت على ملك الموهوب له؛ لأنه ظهر أن رجوعه فى الهبة لم يصح، واسترداد المملوك لا يمتنع بسبب الزيادة المتصلة.

ثم ليس للواهب أن يرجع فى الهبة إلا أن الرجوع الأول لما بطل كانت الزيادة المتصلة حاصلة على ملك الموهوب له، وهذا يمنع الرجوع فى الهبة، فإن كانت الجارية قد ماتت فى يد الواهب كان للموهوب له الخيار، إن شاء ضمن المودع، وإن شاء ضمن الواهب قيمتها؛ لأنه لما ظهر بطلان الرجوع فى الهبة ظهر أن القابض قبض مال الغير بغير إذنه، وأن المودع دفع الوديعة إلى غير المالك بغير إذن المالك، فصار كل واحد فى حق المالك بمنزلة الغاصب، فلهذا كان له الخيار فى التضمين، فإن ضمن الواهب لا يرجع على المودع بما ضمن؛ لأن المودع غاصب، والواهب بمنزلة غاصب الغاصب، وغاصب الغاصب لا يرجع بما ضمن على الغاصب.

وإذا ضمن المودع لا يرجع على الواهب بما ضمن أيضًا باعتبار أن فى زعم المودع أن الرجوع صحيح ههنا؛ لما أن الغاصب[1] عبدى، وقد أخذ بعض مالى، حيث ضمننى، وما يأخذ العبد من مولاه لا يزول عن ملك مولاه، فلم يلحق المودع غرم بما دفع إلى مولاه[2]، فلايكون له أن يرجع بذلك على صاحبه، ثم أوجب الضمان فى الكتاب على المودع، ولم يحك فيه خلافًا. وذكر الكرخى: أن هذا قول محمد؛ لأن المودع بما أقر من رق الغائب صار مسلطًا القاضى على الوديعة، فصار مضيّعًا لها، وأما على قول أبى يوسف: لايضمن؛ لأن الدفع حصل بقضاء القاضى، وفى مثل هذا لا يجب الضمان على المودع على ما مر قبل هذا.

وإذا قال المولى: قد علمت أنك وهبتها للذى أودعنى، إلا أنه ليس بعبد لى، فأقام المودع بينة على أن فلانًا الغائب عبده لا تقبل هذه البينة، إن كان العبد حيًا؛ لأن

(١) وفى ظ: "الغائب".

(٢) هكذا فى الأصل وف وم وكان فى ظ: "صاحبه".

هذه بينة قامت على إثبات الملك في نقلى غائب عن مجلس القضاء، فلا تقبل، وإن قال الواهب: ليست لى بينة، وطلب يمين المودع بالله أن الغائب ليس بعبد له، استحلفه القاضى؛ لأنه ادعى عليه معنى لو أقر به لزمه، فإذا أنكر يستحلف رجاء النكول، فإن حلف برئ عن الخصومة، وإن نكل لزمه الخصومة؛ لأن النكول بمنزلة الإقرار، ولو أقام المدعى بينة على إقرار المولى أن فلانًا عبده، تقبل بينته، وقضى بالرجوع؛ لأن هذه بينة قامت على إثبات كلام الحاضر، وهو الإقرار، والإنسان خصم فيما يدعى عليه من الإقرار والقضاء بذلك؛ لأنه يتعدي[1] إليه، فيقضى القاضى عليه بذلك، كما لو أقر بذلك بين يدى القاضى.

وإن أقام المدعى بينة على أن الغائب عبد هذا الرجل، وأنه قد مات، قبلت بينته، وصار ذو اليد خصمًا له، وقد مرّ هذا فيما تقدم. وإن أقام المدعى بينة على أن الغائب كان عبده، وأنه قد باعه من فلان بألف درهم، وقبضه فلان منه، لم تقبل بينته؛ لأن فيه إثبات الملك فى المنقول، وهو غائب عن مجلس القضاء، وفيه إثبات الملك للمشترى بالبيع، وهو غائب، فلاتقبل.

وإن أقام المدعى بينة على إقرار الذى فى يديه الجارية أنه قد باع فلان الغائب من فلان، ولم يقم البينة على إقراره أن الغائب عبده، فالقاضى لا يقبل هذه البينة، ولا يجعل الذى فى يديه خصمًا؛ لأن هذا الإقرار لو ثبت معاينة لا يصير صاحب اليد خصمًا؛ لأن الإقرار ببيع الغائب لا يكون إقرارًا بأنه عبده لا محالة؛ لأن الإنسان كما يبيع عبد نفسه يبيع عبد غيره أيضًا، فإذا لم يكن هذا الإقرار ملزما إياه شيئًا، لم يكن فى إثباته بالبينة معنى وفائدة، فلهذا لا يقبل القاضى هذه البينة -والله أعلم-.

---

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وف وم: "لا يتعدى".

الفصل الثالث والعشرون
في بيان ما يندفع به دعوى المدعي، وما لا يندفع

هذا الفصل يشتمل على أنواع :

نوع منها : في دعوى الملك المطلق، ودعوى المدعى عليه كون المدعى به في يده وديعة من جهة غيره، أو عارية أو إجارة أو رهنا، أو ما أشبه ذلك.

هذا النوع ينقسم أقسامًا : الأول : إذا وقع الدعوى في العين حال قيامه.

١٧٠٩٩- قال محمد رحمه الله : وإذا ادعى رجل عينًا في يدي رجل ملكًا مطلقًا، أو دارًا، أو ثوبًا، أو ما أشبه ذلك، وأقام بينة على دعواه، فقال ذو اليد : إن هذا العين لفلان الغائب أودعنيها، أو قال : آجرنيها، أو قال : ارتهنتها منه، أو قال : اغتصبتها منه، فإن أقام بينة على دعواه، فلا خصومة بينهما، وإن لم يقم، فهو خصم للمدعي في ظاهر الرواية عن أصحابنا، ووجهه أن الخصومة قد توجهت على صاحب اليد بظاهر يده؛ لأنه حال بين المدعي وبين المدعى به، ولهذا كان على القاضي إحضاره وتكليفه بالجواب، فهو بدعواه هذه يريد إبطال الخصومة المتوجهة عليه، فلا يقدر على ذلك من غير حجة، وبعد إقامة الحجة طريق اندفاع الخصومة أن صاحب اليد ببينته يثبت سبق الملك للغائب، وهو ليس بخصم فيه، وإسقاط الجواب عن نفسه، وهو خصم فيه، فيقبل بينته فيما هو خصم فيه، وهو إسقاط الجواب عن نفسه، ولا تقبل بينته فيما ليس بخصم فيه، وهو إثبات الملك للغائب.

وعن أبي يوسف : أنه رجع عن هذا حين ابتلي بالقضاء ووقف على أحوال الناس، وقال : إذا كان المدعى عليه معروفًا بالاحتيال[1] والتزوير، ووقع في قلب القاضي أنه قصد الاحتيال[2] بهذا ليبطل حق المدعي، لا تندفع الخصومة عنه بهذه البينة؛

---

(١) هكذا في الأصل وف وم، وكان في ظ : "بالافتعال".

(٢) هكذا في الأصل وف وم، وكان في ظ : "بالافتعال".

لأن مثل هذه الاحتيال[1] يوجد[2] فيما بين الناس، فالإنسان يأخذ مال غيره غصبًا، ثم يدفعه سرًا إلى من يريد أن يغيب عن البلدة حتى يودعه علانية بشهادة الشهود حتى إذا جاء المالك، وأراد أن يثبت ملكه، فالمدعى عليه يقيم بينة على الإيداع من الغائب، ويدفع خصومة المالك بذلك، والقاضى نصب ناظرًا للمسلمين، فينبغى أن ينظر فى حق المدعى، وذلك بأن لا يلتفت إلى بينة المدعى عليه إن عُرف بالاحتيال[3] والتزوير، ووقع فى رأيه[4] أنه قصد بهذا الإضرار بالمدعى، وهذا الذى ذكرنا فى جواب ظاهر الرواية إذا عرف شهود صاحب اليد المودع باسمه ونسبه ووجهه.

فأما إذا قالوا: أودعه رجل لا نعرفه أصلا، فالقاضى لا يقبل شهادتهم، فلا تندفع خصومة المدعى عن صاحب اليد بالإجماع، أما على قول محمد: فلأنهم لو قالوا: نعرف المودع بوجهه، ولا نعرفه باسمه ونسبه، لا تقبل الشهادة، ولا تندفع الخصومة عنه عند محمد، فههنا أولى، وأما على قولهما: فلأن بهذه الشهادة لم يثبت وصول العين إلى صاحب اليد من جهة غير المدعى بيقين، لجواز أن يكون الدافع هو المدعى، وعلى هذا التقدير لا تندفع الخصومة عن ذى اليد، فلا تندفع الخصومة من ذى اليد بالشك والاحتمال.

وإن قالوا: نعرف المودع بوجهه، ولا نعرفه باسمه ونسبه، فعلى قول محمد: لا تقبل هذه الشهادة؛ لأن الخصومة على ذى اليد توجّهت بظاهر يده، فلا تندفع عنه الخصومة إلا بالحوالة على رجل يمكن اتباعه ليكون تحويلا للخصومة لا إبطالا، ولم توجد الحوالة على رجل يمكن اتباعه؛ لأن الغائب لا يعرف إلا بالاسم والنسب، فإذا كان المدعى لا يعرف المودع بوجهه، والشهود لم يذكروا اسمه ونسبه، لا تتحقق الحوالة، وعندهما: تقبل الشهادة؛ لأن حاجة صاحب اليد إلى دفع الخصومة عن نفسه، وإنما تندفع الخصومة عنه إذا ثبت أن يده ليست بيد ملك وخصومة، وقد حصل

(١) هكذا فى الأصل وف وم، وكان فى ظ: "بالافتعال".

(٢) هكذا فى الأصل وم، وكان فى ظ وف: "يوجبه".

(٣) هكذا فى ف، وكان فى ظ وم والأصل: "الافتعال".

(٤) هكذا فى ف ظ م، وكان فى الأصل: "قلبه".

ذلك ههنا؛ لأنا علمنا أن العين وصل إلى يد صاحب اليد من غير هذا المدعى بيقين، وبه فارق ما إذا قال: لا نعرفه أصلا.

ولو قال الذى فى يديه أودعنيه رجل لا أعرفه، وقال الشهود: أودعه فلان بن فلان، ذكر الخصاف فى "أدب القاضى": أن القاضى لا يقبل هذه الشهادة، ولا تندفع الخصومة عن ذى اليد؛ لأن دعوى المدعى عليه الإيداع ههنا غير صحيحة لجهالة المودع، والشهادة لا تقبل من غير دعوى صحيحة.

ولو أقر المدعى أن رجلا دفعها إليه، والمدعى لا يعرفه، فلا خصومة بينهما؛ لأنه ثبت بإقرار المدعى أنه وصل العين إلى المدعى عليه من جهة غير المدعى بيقين، وكذلك لو شهد شهود صاحب اليد على إقرار المدعى أن رجلا دفعها إليه اعتباراً للإقرار الثابت بالبينة بالثابت عيانًا.

ولو قال شهود المدعى عليه: نعرف المودع باسمه ونسبه ولا نعرفه بوجهه، فهذا فصل لم يذكره محمد رحمه الله، وقد اختلف المشايخ فيه بعضهم قالوا: لا يندفع الخصومة عن ذى اليد، لجواز أن يكون الدافع هو المدعى، وقال بعضهم: يندفع، وهكذا ذكر فى كتاب الأقضية؛ لأن القاضى يسأل المدعى هل هو بهذا الاسم والنسب؟ فإن قال: لا، ظهر أنه غير المودع، وظهر بهذه البينة وصوله إلى يده من جهة غير المدعى.

ولو قال الذى فى يده: أودعنيها فلان لرجل معروف، وشهد شهوده إن رجلا أودعها إياه، فالقاضى لا يقبل هذه الشهادة لعدم الموافقة بين الدعوى والشهادة، ولاحتمال أن الدافع هو المدعى. ولو قال شهود صاحب اليد نعرف المودع بوجهه واسمه ونسبه، لكن لا نشهد به، لا تندفع الخصومة أيضًا؛ لأنهم أخبروا أن عندهم شهادة، ولم يشهدوا بإخبار الشاهد أن عنده شهادة، لا تثبت شيئًا ما لم يشهد به.

ولو شهد شهود صاحب اليد أن فلانًا دفعها إليه، ولم يقولوا: إنها ملك فلان، أو قالوا: لا ندرى لمن هى؟ اندفعت الخصومة عن ذى اليد؛ لأنه قد ثبت[1] بهذه الشهادة أنه وصل إليه من جهة فلان، وأن يده يد نيابة، ويد النيابة ليست بيد خصومة، وكذلك لو

---

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وف وم: "لأنه قد ثبت شىء".

شهدوا على إقرار المدعى أن فلانًا دفعها إليه، اندفعت الخصومة عن ذى اليد لأن بإقرار المدعى أن فلانًا دفعها إليه يثبت أن يد صاحب اليد ليست بيد خصومة، وكذلك لو شهدوا على إقرار المدعى أنها لفلان، ولم يزيدوا على هذا، وذو اليد يقول: فلان أودعنيها، اندفعت الخصومة عن ذى اليد؛ لأن إقراره أنها لفلان ينقض دعواه الملك لنفسه.

ولو شهد شهود ذى اليد على إقرار المدعى أنها لفلان، إلا أن صاحب اليد لم يقل بعد ذلك أن فلانًا أودعنيها، لم يذكر محمد هذا الفصل أيضًا، قالوا: ويجب أن تندفع الخصومة عن صاحب اليد؛ لأنه[1] ثبت وصول العين إلى صاحب اليد من جهة فلان، وقد ظهر أيضًا بإقرار المدعى أن خصومة المدعى كانت مع فلان، فبعد ذلك إن تحوّل ملك الرقبة إلى صاحب اليد بتحول الخصومة إليه، وما لا فلا، فلا تتحول الخصومة إليه بالشك والاحتمال.

وإن أقر المدعى أنها كانت فى يد فلان، ولكن قال: لا أدرى أ دفعها إلى هذا أو لا؟ أو شهد الشهود على إقرار المدعى أنها كانت فى يد فلان، ولا أدرى دفعها إليه فلان أم لا؟ وذو اليد يقول: دفعها إلى فلان، فلا خصومة بينهما؛ لأنهما اتفقا على أنها كانت فى يد فلان، والآن يراها فى يد صاحب اليد، ولم يعرف يد ثالث، فالظاهر أنها وصلت إلى يده من جهة فلان، فيثبت تصادقهما على وصولها إلى هذا من جهة فلان بحكم الظاهر، فيعتبر بما لو ثبت ذلك صريحًا.

ولو شهد شهود صاحب اليد أنها لفلان، ولم يشهدوا أن فلانًا أودعها إياه، فالقاضى لايقبل هذه الشهادة؛ لأنها قامت على إثبات الملك للغائب، وصاحب اليد ليس بخصم عنه فى إثبات الملك له؛ لأنه لا حاجة له إلى إثبات الملك للغائب، إنما حاجته إلى وصول العين إلى يده من جهة فلان، والشهود لم يشهدوا بذلك، فلا تندفع عنه الخصومة، ولو أقام المدعى بينة فى هذه المسائل على سبيل دفع بينة صاحب اليد أن صاحب اليد ادعاها لنفسه، لم يقبل من صاحب اليد بينة على الإيداع أصلا؛ لأنه يثبت ببينة المدعى إقرار ذى اليد بكونه خصمًا، فصاحب اليد ببينته على الإيداع بعد ذلك يريد

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وف وم: "لا يثبت وصول العين".

إخراج نفسه عن الخصومة بعد ما علم كونه خصمًا، فلا يقدر عليه، وذكر فى "المنتقى" مسألة تدل على أن المودع ينتصب خصمًا للمدعى.

وصورتها: قال هشام: سألت محمدًا رحمه الله عن رجل ادعى دارًا فى يدى رجل أنها داره، وقدّمه إلى القاضى، وصيّره القاضى خصمًا له، إلا أنه لم يقم بينة، ثم إن المدعى عليه ذهب، وباع الدار وسلّمها إلى المشترى، ثم إن المشترى وكّل فيها وكيلا وغاب، ثم عزل هذا القاضى، أو مات، وولى قاضٍ آخر، فتقدمّوا إليه، وأقام المدعى بينة أنه قد كان خاصمه إلى القاضى الأول، ثم باعها، فهذا القاضى يجعل الوكيل خصمًا فيه.

قال الحاكم أبو الفضل: لم يرد بقوله: وكل فيها وكيلا الوكيل بالخصومة، وإنما أراد به الوكيل بالحفظ، والوكيل بالحفظ المودع مع هذا جعله خصمًا للمدعى، قالوا: وقد ذكر محمد رحمه الله مسألة فى "الجامع" تدل على أن المودع ينتصب خصمًا للمدعى.

وصورتها: رجل مات وترك ثلاث بنين ودارًا، فغاب اثنان منهم، وبقى واحد، فجاء رجل، وادعى أن الدار له، فقال الحاضر: كانت الدار لأبينا، مات وتركها ميراثًا لى ولأخويّ فلان وفلان، فاقتسمنا الدار بيننا أثلاثًا، وقبض كل واحد منها نصيبه، ثم إنهما غابا، وأودعانى نصيبهما، وقال المدعى: هذه الدار كانت فى يد أبيكم إلى أن مات، فقسم الدار بينكم، ثم إن أخواك أودعاك نصيبهما، ولكن الدار لى، وأقام المدعى البينة أن الدار داره، قبلت بينته، وقضى بالدار للمدعى، وإن ثبت بتصادقهما كون ثلثى الدار وديعة فى يد لابن الحاضر، ويد المودع ليست يد خصومة، وليست الأمر كما قالوا.

والوجه لمسألة "الجامع": أن كون المودع غير خصم فى حق المدعى حيث إنه مودع لاينفى كونه خصمًا فى حقه من وجه آخر، ألا ترى أن من أودع عند إنسان شيئًا، ثم إن المودع وكّل المودَع بالخصومة فى ذلك الشيء، ثم قامت البينة على الوكيل الذى هو مودع، قبلت بينته.

وفى مسألة "الجامع": وجد ما يجعل الابن الحاضر خصمًا فى كل الدار؛ لأن

الدعوى فى الحقيقة على الميت، والبينة قامت عليه، وأحد الورثة ينتصب خصمًا عن الميت، وعن سائر الورثة فيما يدعى على الميت، بخلاف المسائل التى تقدم ذكرها فى أول هذا النوع؛ لأن هناك لم يوجد ما يوجب كون المدعى خصمًا من وجه آخر، ومن حيث كونه مودعًا لم يصح خصمًا.

ومما يتصل بهذا النوع:

١٧١٠٠- دار فى يدى رجل ادعاها رجل أنها داره، وأقام البينة على ذلك، وقال ذو اليد: أنها دار فلان، وأنه أسكننيها، وجاء بشاهدين شهدا أن فلانًا أشهدنا أن الدار التى فى يد هذا داره، وأنه أسكنها هذا الذى فى يده، وسلمها إليه، فلا خصومة بينهما؛ لأنه يثبت وصول الدار إلى يد المدعى عليه من جهة غائب على وجه لا يفيد الملك فى الرقبة؛ لأن الإسكان والإعارة لاتفيد الملك فى الرقبة، وإن شهدا أن فلانًا أشهدنا أن الدار التى فى يد هذا داره، وأنه أسكنها[1] هذا الذى هى فى يديه، إلا أنا لم نرَه، دفع الدار إليه أم لا، لكن علمنا أن الدار كانت فى يد هذاالذى فى يديه اليوم يومئذٍ، فلا خصومة بينهما أيضًا حتى يحضر الغائب؛ لأن الشهادة بالإسكان والدار فى يد الساكن يوم الإسكان شهادة بالتسليم، كما أن الشهادة بالهبة والدار فى يدى الموهوب له يوم الهبة شهادة بالهبة والتسليم، حتى إن الشهود إذا شهدوا أن هذا الرجل وهب هذا العبد من هذا المدعى، وكان العبد فى يد المدعى يوم الهبة، يجب القضاء بالهبة، كما لو شهدوا بالهبة والتسليم، فصار هذا الوجه نظير الوجه الأول.

وإن شهدوا أن فلانًا أشهدنا أنه أسكنها هذا الذى فى يديه الدار اليوم، ولم نعلم يوم الإسكان أن الدار فى يد من، ونعلم الآن أنها فى يد هذا المدعى عليه، فلا خصومة بينهما أيضًا حتى يحضر الغائب؛ لأنهم شهدوا بالإسكان، والقبض ثابت للمشهود له معاينة، ولم يعرف لثبوت يده جهة أخرى سوى ما شهد به الشهود وهو الإسكان، فيحال به على ذلك الإسكان، وهو معنى قول المشايخ: إن القبض إذا ظهر عقيب عقد يُحال به على ذلك العقد ما لم يعرف له سبب آخر، وإذا أحلنا بالقبض على الإسكان،

---

(١) وفى م: "مع هذا".

صار كأنهم شهدوا بالإسكان والتسليم، وهو نظير ما ذكر فى كتاب الهبة لو أن رجلا فى يديه عبد ادعى أن فلانًا وهب هذا العبد منى، وشهد الشهود أن فلانًا وهب هذا العبد منه، ولم يزيدوا على هذا، فالقاضى يقبل شهادتهم، ويجعل كأنهم شهدوا بالهبة مع القبض، كذا ههنا.

ولو شهدوا أن فلانًا أشهدنا أنه أسكنها هذا الذى فى يديه اليوم، ونحن علمنا يوم الإشهاد، أنها لم تكن فى يد المسكن، ولا فى يد هذا الساكن، بل كانت فى يد فلان، يعنى به إنسانًا آخر، وفى هذا الوجه لا تندفع الخصومة عن ذى اليد؛ لأن الشهود إنما شهدوا بإسكان باطل؛ لأن الإسكان إنما يصح بالقبض من جهة المسكن، ولم يثبت القبض من جهة المسكن، لا بالشهادة ولا بالمعاينة، أما بالشهادة فظاهر، وأما بالمعاينة فلأن ما ثبت من القبض المعاين للذى الدار فى يديه ثابت من حيث الظاهر من جهته من شهد الشهود أنها كانت فى يده، لا من جهة المسكن، فتكون هذه شهادة بإسكان باطل[1]، فيكون وجودها والعدم بمنزلة.

فإن قال المدعى فى الوجه المتقدم، وهو ما إذا شهدوا أن فلانًا أشهدنا أنه أسكنها هذا الذى فى يديه الدار[2]، ولم يعلم يوم الإسكان أن الدار فى يد من؟ أنا أقيم البينة أن هذه الدار يوم الإشهاد على الإسكان كان فى يدى رجل آخر غير الذى أشهدهم على الإسكان، يريد بذلك إبطال الإسكان حتى لا يخرج الذى فى يديه الدار من أن يكون خصمًا للمدعى، فالقاضى لا يقبل هذه الشهادة.

واختلفت عبارة المشايخ فى تخريج المسألة، فعبارة بعضهم أن المشهود له باليد فى هذه الشهادة لو حضر، وأقام البينة أن هذه الدار كانت فى يده، لا تقبل منه هذه البينة، ولا ينقض يد ذى اليد؛ لأن يد ذى اليد ثابتة معاينة، فإن كان يد فلان يد ملك، يجب نقض يد ذى اليد، وإن كانت يد غصب، لا يجب نقض يد ذى اليد، فلا يجب نقض يده بالشك، وإذا كانت هذه الشهادة لا تقبل من المشهود له فى هذه الشهادة، فلأن لاتقبل من المدعى أولى، وعبارة بعضهم أنه ليس غرض المدعى من هذه الشهادة إثبات

---

(١) وفى الأصل: "باطل لأن الإسكان إنما يصح بالقبض فيكون وجودها. . . إلخ".

(٢) وفى الأصل: "الدار من أن يكون خصمًا للمدعى، ولم نعلم يوم الإسكان. . . إلخ".

اليد لغير المسكن؛ لأنه ليس بخصم عنه فى إثبات اليد له، وإنما غرضه نفى اليد عن المسكن يوم الإشهاد على الإسكان، والشهادة على النفى لا تقبل.

وحكى أن مشايخ بخارى سُئلوا عن رجل ادّعى أن أرضه هذه حُرّة، وأقام على ذلك بينة، فأجاب أكثرهم بقبول هذه الشهادة، وأجاب بعضهم بعدم قبولها، وقاسه على هذه المسألة، وهذا لأن مقصود الشهود فى مسألة الأرض من شهادة على خربة الأرض نفى الخراج عن الأرض، كما أن قصد المدعى فى مسألتنا نفى اليد عن المسكن يوم الإشهاد، فكانت هذه الشهادة قائمة على النفى؛ نظرًا إلى المقصود، فرجعوا إلى قول هذا القائل، واتفقوا على عدم قبول هذه الشهادة. وأنا أقول: هذه العبارة الثانية وجواب مسألة الخراج يشكل بالشهادة القائمة على الإفلاس، فإنها مقبولة بلا خلاف مع أنها قامت على النفى؛ نظرًا إلى ما هو المقصود.

١٧١٠١- وفى "نوادر عيسى بن أبان": رجل ادعى دارًا فى يدى رجل أنها داره، فقال الذى فى يديه أن فلانًا أودعنيها، فقال المدعى: قد كان فلان أودعكها، ولكنه وهبها لك بعد ذلك، أو باعكها، فإن القاضى يستحلف الذى فى يديه الدار بالله ما وهبها فلان لك، ولا باعها منك بعد ما أودعها منك، فإن نكل عن اليمين جعله خصمًا فيما قال، ألا ترى أن المدعى لو أقام بينة أن فلانًا باعها من الذى فى يديه بعدما كان أودعها إياه، قبلت بينته، وجعل الذى فى يديه خصمًا له، فكذا إذا نكل عن اليمين.

قال: ولا يشبه هذا الوكاله، وصورتها: رجل أتى رجلا، وقال: إن لفلان عندك ألف درهم، وأنا وكيله فى قبضها منك، وقال المدعى عليه: صدقت لفلان عندى ألف درهم وديعة، إلا أنك لستَ بوكيل فى قبضها، لم يكن للمدعى أن يحلفه على الوكالة؛ لأنه يدعى لغيره، وإنما استحلفه فى الأول؛ لأنه ادعاه لنفسه، فادعى أن هذا خصمه فيه.

١٧١٠٢- رجل فى يديه وديعة لرجل، جاء رجل، وادعى أنه وكيل المودع بقبضها، وأقام على ذلك بينة، وأقام الذى فى يديه الوديعة بينة أن المودع قد أخرج هذا من الوكالة، قبلت بينته، وكذا إذا أقام بينة أن شهود الوكيل عبيده.

١٧١٠٣- وفى "نوادر ابن سماعة" عن أبى يوسف رحمه الله : رجل فى يديه دار ادعاها رجل، فأقام الذى فى يديه الدار بينة أن فلانًا الغائب ادعى هذه الدار، واستحقها من يده، ودفعها إليه القاضى، ثم إن المستحق آجرها من الذى فى يده، فإنه لا يقبل منه هذه البينة على ما ادعى، علّل، فقال: لأنها فى يديه، وهو لا يدفع عن نفسه الخصومة بها.

والوجه فى ذلك: أن صاحب اليد لما قال: إن فلانًا الغائب ادعى هذه الدار، واستحقها من يده، فقد أقر أن يده يد خصومة فى هذه الدار، ثم يقوله: أخذها فلان منى، يريد إخراج نفسه عن الخصومة، فلا يصدق على ذلك، ولا يسمع بينته عليه - والله أعلم- .

القسم الثانى

إذا وقعت الدعوى فى العين بعد هلاكه:

١٧١٠٤- قال محمد رحمه الله فى "الجامع": و إذا كان العبد فى يدى رجل وقد مات، فجاء رجل وأقام بينة أنه عبده، وأقام الذى مات العبد فى يديه أن العبد كان وديعة فى يديه من جهة فلان، أو كان بإجارة فى يديه من جهة فلان أو عارية، فإنه لا يندفع عنه الخصومة، ويقضى القاضى بقيمة العبد للمدعى.

فرق بين هذا وبينما إذا وقع الدعوى فى العين حال قيام العين، وباقى المسألة بحالها، فإنه يندفع الخصومة عن ذى اليد، والفرق: أن العين إذا كان قائمًا، فالدعوى يقع فى العين، والمدعى عليه إنما ينتصب خصمًا له فى العين بظاهر يده، فإن ظاهر اليد يدل على الملك، إلا أنه يحتمل أنه ليس يد ملك، وبإقامة البينة على أن العين وديعة عنده، ظهر أن يده ليست يد ملك، فيندفع عنه الخصومة، أما إذا كان العين هالكًا فالدعوى تقع فى الدين، ومحل الدين الذمة، فالمدعى عليه ينتصب خصمًا للمدعى بذمته، وبما أقام المدعى عليه من البينة أن العين كان فى يده وديعة لا يتبين أن ذمته لغيره، فلا تتحول الخصومة عنه، ألا ترى أن القاضى يقضى بالقيمة على مودع الغاصب، وإن كان يده فى العين يد غيره.

فإن قيل: كان ينبغي أن لا يقضى القاضي بقيمة العبد ههنا؛ لأنه لا يمكن القضاء بقيمة العبد للمدعى إلا بعد القضاء له بملك العبد؛ لأنه لا يجوز أن تكون قيمة العبد لإنسان، ويكون الملك في هذا العبد لغيره، وقد تعذر القضاء ههنا للمدعى بملك العبد على ذي اليد؛ لأن ذا اليد أثبت أنّ يده في العبد ليست يد ملك، وأن الملك في العبد للغائب.

وهذا كما قال محمد رحمه الله في عبد في يدى رجل ذهبت عينه أو يده، أو فقئت عينه، أو قطعت يده، أقام رجل بينة أن هذا العبد عبده، وأراد أن يأخذ العبد، وأن يضمن الذى العبد في يديه نصف قيمة العبد، فأقام الذى في يديه العبد بينةً أن فلانًا قد كان أودع هذا العبد إياه قبل ذهاب العين واليد، فإنه يندفع عنه الخصومة في أرش اليد والعين، وإن ادعى الأرش دينًا في ذمته؛ لأنه[1] لا يمكنه القضاء بالأرش للمدعى إلا بعد القضاء بملك العبد للمدعى؛ لأنه لا يجوز أن يكون الأرش لإنسان، والعبد لغيره؛ لأن الأرش بدل الطرف، ولا يجوز أن يكون الطرف لإنسان والعبد لغيره، فإذًا تعذر القضاء بملك العبد؛ لأن صاحب اليد أثبت أن يده في العبد يد غيره تعذر القضاء بالأرش، كذا ههنا.

قلنا: اختلف عبارة المشايخ في الجواب عن هذا الإشكال، فعبارة بعضهم أن هذا الإشكال إنما يتأتى إذا تعذر القضاء بملك العبد للمدعى، كما في المسألة التى وقع الإشهاد[2] بها، فإن هناك تعذر القضاء بملك العبد للمدعى؛ لأن بينة صاحب اليد أن العبد وديعة مقبولة؛ لأن العبد قائم في يده، وإنما ينتصب خصمًا هو بظاهر يده، فإذا ثبت أن يده يد غيره، اندفعت للخصومة عنه، وتعذر القضاء بملك العبد للمدعى، وتعذر القضاء بالأرش أيضًا؛ لأن الأرش لا يملك إلا بملك الأصل، أما هنا لم يتعذر القضاء بملك العبد للمدعى؛ لأن بينة المدعى عليه أن العبد كان عنده وديعة بعد هلاك العبد غير مسموعة؛ لأن بعد هلاك العبد لم ينتصب خصمًا للمدعى، وإنما انتصب خصمًا له بذمته؛ لأنه ادعى قيمة العبد دينًا في ذمته بعد هلاكه، وإذا لم يقبل بينة ذى اليد

---

(١) هكذا في ظ وم فقط.

(٢) هكذا في نسخة، وفي نسخة أخرى: "الاستشهاد".

صار وجود هذه البينة والعدم بمنزلة .

ولو عدمت بينة ذى اليد، كان يقضى عليه بملك العبد للمدعى، كذا هنا، وعبارة بعضهم : هذا الإشكال إنما يتأتى إذا تعذر القضاء بملك العبد للمدعى، كما فى المسألة التى وقع الاستشهاد بها ؛ لأن هناك تعذر القضاء بملك العبد للمدعى ؛ لأن العبد حىّ قائم، وقد ثبت ببينة ذى اليد أن الملك فى العبد للغائب، فلو قضينا بالعبد للمدعى، كان فى هذا استحقاق على الغائب، والاستحقاق على الغائب لا يجوز، وإذا تعذر القضاء بالعبد للمدعى تعذر القضاء بالعين الفائتة للمدعى إذ يستحيل أن يكون العبد لإنسان، وتكون عينه لآخر، وإذا تعذر القضاء بالعين الفائتة للمدعى، تعذر القضاء بالأرش له، أما فى مسألتنا أمكن القضاء بالعبد للمدعى، وإن ثبت ببينة ذى اليد أن العبد للغائب، فيكون القضاء بالعبد للمدعى قضاء على الغائب إلا أن القضاء على الغائب إنما لا يجوز إذا كان فيه استحقاق شىء على الغائب، وإيجاب شىء على الغائب، فأما إذا لم يكن فيه استحقاق شىء على الغائب، يجوز القضاء على الغائب؛ لأن العبد ميت، والميت لا يمكن أن يستحق على الغائب، فظهر الفرق بين الفصلين من هذا الوجه، وعبارة بعضهم ليس من ضرورة القضاء بقيمة العبد للمدعى القضاء بملك العبد للمدعى، إذ يجوز أن يكون العبد لإنسان وبدله لغيره، ألا ترى إلى ما قال أصحابنا فى رجل قال لغيره : بعت منك هذا العبد الذى فى يديك بألف درهم، ولى عليك ألف درهم، فقال ذلك الرجل : ما بعته منى، وما اشتريته أنا، وأنا برىء مما تقول، لا علم لى به قط، فأقام المدعى بينة على ذلك، وجب على المنكر ثمن العبد، ولم يكن العبد ملكًا له .

وكذلك قالوا : فى رجلين ادعى كل واحد منهما على رجل واحد أنى بعت منك هذا العبد بألف درهم، وكان الدعوى منهما فى عبد واحد بعينه، وأنكر المدعى عليه البيع والشراء، فأقام كل واحد البينة على دعواه، لزم المدعى عليه[1] ألفا درهم لكل واحد منهما ألف درهم، ولو كان وجوب البدل باعتبار العين، لوجب ألف درهم بينهما، فعلم أن وجوب البدل ليس باعتبار العين، فلم يكن من ضرورة القضاء بالقيمة القضاء بملك العبد، فأما من ضرورة القضاء بالأرش للمدعى القضاء بالعين الفائتة له،

---

(١) هكذا فى الأصل، وكان فى ظ : "لزم عليه المدعى عليه" .

ومن ضرورة القضاء بالعين الفائتة القضاء بكل العبد له، إذ يستحيل أن يكون كل العبد لإنسان وعينه يكون لآخر، وتعذر القضاء بكل العبد للمدعى؛ لأن فيه قضاء على الغائب.

ثم إذا قضى القاضى بالقيمة للمدعى، وأخذ المدعى القيمة من المدعى عليه، حضر الغائب، وصدق المدعى عليه فيما كان ادّعى أن العبد كان عنده وديعة، أو إجارة، أو رهنًا من جهته، كان له أن يرجع بما ضمن من القيمة على الغائب الذى حضر، وهذا الجواب لا يشكل فى الرهن أو الوديعة؛ لأن المودع فى قبض الوديعة عامل للمودع من كل وجه، فإن منفعة الحفظ عائدة إليه من كل وجه.

والأصل أن من عمل لغيره، ولحقه بذلك غرم، يرجع بالغرم على المعمول له، والمرتهن فى عين الرهن كالمودع؛ لأن عين الرهن أمانة فى يده، إنما يشكل فى الإجارة؛ لأن المستأجر فى قبض المستأجر عامل لنفسه من كل وجه؛ لأنه قبضه ليستوفى منفعته، وكان يجب أن لايرجع بما ضمن على الآجر كالمستعير والغاصب، إلا أن الجواب عنه أن المستأجر فى قبض المستأجر كما هو عامل لنفسه، فهو عامل للآخر، إنما يجب ويتأكد باستيفاء المنفعة إلا إنما للآجر من المنفعة أكثر؛ لأنه يحصل له الأجر، وإنه عين مال، والحاصل للمستأجر المنفعة، والعين خير من المنفعة، فكان الرجحان لجانب الآجر، فاعتبر قبض المستأجر واقعًا للآجر من هذا الوجه، بخلاف ما إذا كان العبد فى يد صاحب العبد بعارية أو غصب، حيث لا يرجع بما ضمن على الغاصب؛ لأن الغاصب فى القبض عامل لنفسه من كل وجه، وكذلك المستعير فى القبض عامل لنفسه من كل وجه؛ لأن منفعة كل واحد منهما حاصلة له من كل وجه، ومن عمل لنفسه عملا، ولحقه بذلك عهدة، كان قرار[1] العهدة عليه.

هذا إذا صدّق الغائب صاحب اليد فى إقراره أن العبد وصل إليه من جهته، فأما إذا كذّبه فى إقراره أن العبد وصل إليه من جهة الغائب بوجه من الوجوه التى ذكرناها، فلا رجوع له على الغائب ما لم يقم البينة على ما ادعى من الإجارة أو الوديعة أو الرهن؛ لأنه يدعى لنفسه دينًا على الغائب بسبب عمل عمل له، والغائب ينكر ذلك.

---

(١) هكذا فى ظ ف م، وكان فى الأصل: "إقرار".

١٧١٠٥- ادعى عبدًا في يدى رجل، فقال المدعى عليه: هذا العبد وديعة فى يدى من جهة فلان، فقال المدعى: سلّم العبد إلىّ وأحضر فلانًا حتى أقيم البينة عليه، فدفع العبد إليه، وذهب ليجيء بفلان، فمات العبد فى يد المدعى، ثم جاء فلان، وأقام بينة أنه عبده كان أودعه صاحب اليد، وأقام المدعى بينة أنه عبده، فالبينة بينة فلان؛ لأن فلانًا أثبت الضمان ببينته محتجّا بالأخذ بغير حق، والمدعى ينفى ذلك. ولو كان العبد حيّا، يؤمر المدعى بدفع العبد إلى فلان المقر له، ويقال للمدعى: أقم البينة عليه.

القسم الثالث

إذا وقعت الدعوى فى العبد بعد إباقه:

١٧١٠٦- عبد فى يدى رجل أبق من يده، جاء رجل وادعى أنه عبده، وأقام على ذلك بينة، وأقام صاحب اليد بينة على أنها وديعة فى يديه من جهة فلان، إلى آخر المسألة، فالجواب فيه كالجواب فى فصل الموت؛ لأن الإباق يوجب ضمان القيمة كالهلاك، دليله المغصوب إذا أبق، فكل جواب ذكرناه فى الموت، فهو الجواب فى الإباق، ثم فى فصل الإباق إذا قضى القاضى بقيمة العبد للمدعى على الذى كان العبد فى يديه، ثم عاد العبد من الإباق، ففى فصل الوديعة والإجارة والرهن يعود على ملك الغائب، وفى الغصب والعارية يعود على ملك الذى كان فى يده؛ لأن الملك فى المضمون إنما يثبت بمن كان قرار[1] الضمان عليه، وفى الوديعة والإجارة والرهن قرار الضمان على الغائب، وفى العارية والغصب قرار الضمان على الذى كان العبد فى يديه.

فإن قيل: كان ينبغى أن يؤمر الذى كان العبد فى يديه يرد[2] العبد على الغائب فى فصل الغصب والعارية؛ لأنه لما أقر أنه غصب من الغائب أو استعار منه، فقد أقر أن رده واجب عليه، إلا أنه كان عاجزًا عن الرد ما دام آبقًا، فإذا عاد إلى يده، وقدر على الرد لزمه الرد عليه، فهذا كما قالوا فيمن اشترى عبدًا قد أقر أنه ملك البائع، واستحق العبد

(١) وفى الأصل وم: "رقرار".

(٢) وفى ظ: "يرد".

من يد المشترى بالبينة، ثم إنه عاد إليه بسبب من أسباب الملك[1] إن كان بعد ما قضى القاضى بفسخ البيع، لزم المشترى ردّ العبد على البائع، وإن كان قبل أن يقضى القاضى بفسخ البيع، فإن المشترى يرد الثمن على البائع إن كان قد رجع على البائع بالثمن.

قلنا: الأمر كما قلت، إلا أن القاضى لما قضى على صاحب اليد بالعبد للمدعى حين قضى عليه بقيمة العبد، فقد كذبه فى إقراره أن عليه رد العبد على الغائب بسبب الغصب، وقضاء القاضى بالعبد للمدعى فى هذه الصورة نفذ ظاهرًا وباطنًا؛ لأن صاحب اليد أقر بالغصب من الغائب، أما ما أقر بالملك به، وليس من ضرورة الإقرار بالغصب من الغائب الإقرار بالملك للغائب؛ لأن الإنسان كما يغصب من المالك يغصب من غير المالك، كالمودع والأب والوصى والغاصب، وإذا تصور من غير المالك لم يكن فى زعم صاحب اليد أن العبد ملك الغائب، وأن شهود المدعى شهود زور، ويمتنع نفاذ القضاء بها بالملك المرسل للمدعى باطنًا، فنفذ القضاء ظاهرًا وباطنًا بالعبد للمدعى، وثبت تكذيب القاضى المدعى فى إقراره أن رد العبد واجب عليه، والإقرار يبطل بتكذيب القاضى، بخلاف تلك المسألة؛ لأن هناك المشترى أقر بملك العبد للبائع نصًّا، وكان فى زعمه أن شهود المدعى شهود زور، وقد قامت على ملك مرسل، والقضاء بشهادة الزور فى الأملاك المرسلة لا ينفذ باطنًا، وإذا لم ينفذ قضاء القاضى باطنًا ثمة فى زعم المشترى، لم يصر المشترى مكذبًا من جهة القاضى فيما أقر من الملك للبائع بزعمه، فبقى إقراره صحيحًا كما كان، فوجب الرد على البائع إذا وصل المشترى بحكم إقراره، وزان مسألة الشراء من مسألتنا أن لو اشترى ولم يقرّ بالملك للبائع نصًّا، فهناك إذا عاد العبد إلى يد المشترى يومًا من الدهر، لا يؤمر بتسليمه إلى البائع.

القسم الرابع
إذا وقع الدعوى فى العين بعد ما ذهب طرف من أطرافه
وإذا وقعت الدعوى فى الجارية بعد ما ولدت وماتت الجارية:

١٧١٠٧- صورة الأول: عبد فى يدى رجل، ذهب عينه عنده، فأقام رجل البينة

(١) وهكذا فى ظ وم، وكان فى الأصل: "المدعى" وفى ف: "بسبب من الأسباب".

أنه عبده، وأراد أخذ العبد، وأن يضمن الذى فى يديه العبد نصف قيمة العبد بذهاب العين فى يده، فأقام الذى فى يديه العبد بينة أن فلانًا أودعه قبل ذهاب عينه، فلا خصومة بينهما، لا فى العبد ولا فى الأرش حتى يحضر الغائب، وقد مرّ الوجه فيه.

١٧١٠٨- صورة الثانية: جارية فى يدى رجل ولدت ولدًا، وماتت الجارية، وأقام رجل البينة أن الجارية جاريته، وأنها ولدت هذا الولد فى ملكه، وأقام الذى كانت الجارية[1] فى يده بينة أن فلانًا أودعها إياه قبل أن تلد، فولدت عنده، فإن القاضى يقضى بقيمة الجارية للمدعى على ذى اليد لما مر، ولا يقضى بالولد له حتى يحضر الغائب؛ لأن الولد عين فى يده، فهو إنما ينتصب خصمًا فى الولد بحكم اليد، وقد أثبت ببينته أن يده فى الولد أمانة.

قال محمد رحمه الله عقيب ذكر هذه المسألة: ولا يشبه الولد فى هذا أرش العين، وعلّل فقال: لأن الولد يجوز أن يكون لإنسان، والجارية لآخر، ولا يجوز أن تكون الجارية لإنسان وأرش عينها لآخر، يريد بهذا أن القضاء بملك الجارية للمدعى ممكن بدون الولد؛ لأنه يجوز أن تكون الجارية لإنسان والولد لآخر، ألا ترى أن من أوصى بما فى بطن الجارية لإنسان، صحّت الوصية، وكانت الجارية للموصى، والولد للموصى له، فلم يكن من ضرورة تعذر القضاء بالولد تعذر القضاء بالجارية، ولا من ضرورة القضاء بالجارية القضاء بالولد، وكان بمنزلة ما لو ادعى عبدين أحدهما غير متولد من الآخر، وقد هلك أحدهما فى يده دون الآخر، فأقام المدعى بينة على دعواه، وأقام صاحب اليد بينة أن فلانًا أودعهما إياه، فإنه يقضى عليه بقيمة ما هلك فى يده للمدعى، ولا يقضى له بالقائم بالطريق الذى قلنا، كذا ههنا، أما القضاء بملك العبد للمدعى بدون الأرش غير ممكن، إذ لا يتصور أن يكون العبد لإنسان، وأرش عينه لآخر، وكان من ضرورة تعذر القضاء بالعبد، تعذر القضاء بالأرش على ما بينّا.

فإن قيل: من ضرورة القضاء بمطلق ملك الجارية بالبينة للمدعى القضاء بالولد للمدعى، ألا ترى أن من ادعى جارية فى يد إنسان ملكًا مطلقًا، وأثبت ذلك بالبينة، ولها ولد، فإنه يستحق الجارية مع الولد، فدلّ أن من ضرورة القضاء بمطلق ملك الجارية

---

(١) هكذا فى ظ ف م، وكان فى الأصل: "وأقام الذى فى يديه الجارية أنها كانت".

للمدعى بالبينة القضاء بالولد للمدعى، وإذا تعذر القضاء بالولد للمدعى؛ لأنه أثبت كونه مودعًا في الولد، يجب أن يتعذر القضاء بملك الجارية للمدعى أيضًا.

قلنا: من ضرورة القضاء بمطلق ملك الجارية للمدعى بالبينة القضاء بولدها للمدعى إذا كان الولد فى ملك المقضى عليه بالجارية من حيث الظاهر وقت القضاء بالجارية قائمًا إذا لم يكن فى ملكه بأن كان باع الولد، أو وهبه من غيره، فإنه يقضى بالجارية، ولا يقضى بالولد، وهذا لأن القضاء بمطلق ملك الجارية إنما يكون قضاء بالولد؛ لأن القضاء بمطلق ملك الجارية قضاء بأوّلية الملك، وإذا قضى للمدعى بأولية الملك فى الجارية، كان الولد متولدًا من ملكه إلا أن القضاء المطلق بالملك فى الجارية إنما يكون قضاء بأولية الملك فى الجارية فى حق من كان مقضيًا عليه بالجارية، لا فى حق من لم يكن مقضيًا عليه بالجارية.

ألا ترى أن غير المقضى عليه إذا ادعى الجارية بعد ذلك ملكًا مطلقًا يسمع دعواه.
قلنا: والمقضى عليه بالجارية من قامت عليه البينة بالجارية. أما من لم تقم عليه البينة بالجارية لا يكون مقضيًا عليه بالجارية، والذى صار الولد له بالبيع أو الهبة قبل القضاء بالجارية للمدعى لم تقم عليه البينة بالجارية، فلم يصر مقضيًا عليه بالجارية، فلا يظهر القضاء بأوّلية الملك فى الجارية للمدعى فى حقه، فلا يظهر تولد من ملك المدعى فى حقه، فشرطنا كون الولد فى ملك المقضى عليه بالجارية وقت القضاء بالجارية لصيرورة الولد مقضيًا به من هذا الوجه.

إذا ثبت هذا فنقول فى مسألتنا: الولد ليس فى ملك المقضى عليه بالجارية وقت القضاء بالجارية للمدعى؛ لأنه أثبت الإيداع من الغائب فى الولد، فلم يبقَ الولد فى ملكه من حيث الظاهر، فأمكن القضاء بملك الأم دون الولد -والله أعلم-.

القسم الخامس

من هذا النوع:

١٧١٠٩- جارية فى يدى رجل قتلها عبد رجل، فأقر الذى الجارية فى يديه أنها لفلان الغائب أودعها إياه، كان له أن يخاصم مولى العبد الجانى بالدفع أو الفداء، وهذا

لأن المودع ينتصب خصمًا من المودع فيما يستحقه المودع؛ لأنه أمر بالحفظ والخصومة فيما يستحق للمودع من حفظ الوديعة، فينتصب خصمًا فيه، ألا ترى لو غصب الوديعة منه غاصب كان له أن يخاصم، ويسترد الوديعة من يده، وطريقه أن استرداد الوديعة من الغاصب من باب الحفظ والمودع مأمور بالحفظ، فإذا دفع مولى العبد العبد بالجناية، ثم أقام رجل البينة أن الجارية كانت جاريته، وأقام الذى[1] كانت الجارية فى يديه أنها كانت وديعة عنده من جهة فلان، فالقاضى يقول للمدعى: ماذا تريد؟ تريد أخذ العبد أو تريد أخذ قيمة الجارية، وإنما خيّره؛ لأن المدعى لما أقام البينة أن الجارية ملكه، ظهر أن ذا اليد كان غاصبًا، والجارية المغصوبة إذا قتلها عبد فى يد الغاصب، وأخذ الغاصب العبد كان لمولى الجارية الخيار؛ لأنه لم يجد عين ماله، كذا ههنا.

فإن قال: أريد أخذ عين العبد، فلا خصومة بينهما؛ لأن العبد المدفوع بالجناية يقوم مقام الجارية لحمًا ودمًا كأنه هى، ولو كانت الجارية قائمة فى يد ذى اليد، وأقام ذو اليد بينة على الإيداع من الغائب لم يكن ذو اليد خصمًا له، فكذا إذا قام العبد مقامها، وإن قال: أريد أخذ القيمة، كان خصمًا له، ويقضى له بقيمة الجارية؛ لأنه ادعى دينًا فى الذمة بسبب عين كانت فى يده، وبمثل هذا لا تندفع الخصومة عن ذى اليد، وإن أقام البينة على الإيداع، وقد مرّ هذا من قبل. وإذا قضى بقيمة الجارية على ذى اليد، وأخذها المدعى من ذى اليد، ثم حضر الغائب، وأقر بالوديعة أخذ العبد من يد ذى اليد؛ لأنه قام مقام ملكه، ويرجع ذو اليد على الغائب بما ضمن للمدعى من قيمة الجارية.

ولو أن الجارية لم يقتلها العبد، ولكن قطع يدها، ودفع العبد باليد، والمسألة بحالها، لم يكن بينهما خصومة حتى يحضر الغائب، لا فى الجارية ولا فى العبد، أما فى الجارية فظاهر، وأما فى العبد لأن العبد بدل اليد، فكان كالأرش، وذكرنا أنه متى تعذر القضاء بملك الأصل تعذر القضاء بملك الأرش -والله أعلم-.

---

(١) ما بين القوسين فى الأصل فقط.

النوع الثانى من هذا الفصل

أن يدعى المدعى مع دعوى الملك المطلق فعلا:

وهذا النوع ينقسم أقسامًا أيضًا : القسم الأول : أن يدعى على ذى اليد بأن قال لذى اليد : هذا العين ملكى ، غصبته منى ، أو قال : أودعته منك ، أجرته منك ، أو ما أشبه ذلك ، وقال ذو اليد : إنه لفلان الغائب ، وصل إلى من يده بجهته كذا على نحو ما بينا ، وفى هذا الوجه لا تندفع الخصومة من ذى اليد .

فرق بينما إذا ادعى فعلا على ذى اليد ، وبينما إذا ادعى ملكًا مطلقًا ، ولم يدّع الفعل على ذى اليد ، فإن هناك إذا أقام ذواليد بينة على أنه لفلان الغائب ، وصل إليه بوديعة ، أو إجارة ، أو ما أشبه ذلك ، فإنه تندفع الخصومة عن ذى اليد .

والفرق أن فى دعوى الملك المطلق صاحب اليد انتصب خصمًا بيده ؛ لأن دعوى الملك المرسل لا يصح إلا على ذى اليد ، فإنه لو ادعى دارًا فى يدى رجل ، وليس فى يده دار ، لاتصح دعواه ، فعلم أن فى دعوى الملك المطلق صاحب اليد إنما ينتصب خصمًا [للمدعى][(1)] بحكم يده ، ويده متردد بين أن يكون له ، فيكون خصمًا ، وبين أن يكون لغيره ، فلا يكون خصمًا ، وبما أقام من البينة أثبت أن يده يد غيره ، وإنها ليست بيد خصومة ، إنما هى يد حفظ ، أما فى دعوى الفعل صاحب اليد إنما ينتصب خصمًا بدعوى الفعل عليه ، وهو الغصب ، لابحكم اليد ، ألا ترى أن دعوى الغصب كما تصح على ذى اليد يصح على غير ذى اليد ، حتى إن من ادعى على آخر أنه غصب عبده ، وليس فى يده عبد ، صحت دعواه ، ويلزمه القيمة ، فلذا فعله لا يتردد بين أن يكون له وبين أن يكون لغيره ، حتى يقال بهذه البينة تبين أن فعل صاحب اليد فعل غيره ، بل فعله مقصور عليه ، وبهذه البينة لا يتبين أن الفعل لم يكن موجودًا ، فلهذا قال : لا تندفع الخصومة .

عبارة أخرى فى الفرق : أن بينة صاحب اليد إنما تقبل إذا كان ببينته يحيل خصومة المدعى إلى غيره ، أما إذا كان ببينته يبطل خصومته ، فلا تقبل بينته ؛ لأن اليد للإحالة لا

---

(١)هكذا فى م، وكان فى ظ : "قلنا و" ، وكان فى الأصل : "ولدًا" وفى ف : "قال" .

للإبطال .

إذا ثبت هذا فنقول : إذا وقع الدعوى فى الملك المطلق ، فالمدعى ببينته يثبت استحقاق ملك الرقبة ، فإذا أقام ذو اليد البينة أن الرقبة لغيره ، وأن يده فى الرقبة يد غيره ، تتوجه الخصومة على ذلك الغير ، فمتى قبلنا هذه الهبة ، كان فى هذا إحالة الخصومة إلى غيره ، وذلك صحيح .

أما إذا وقع الدعوى فى الغصب على صاحب اليد ، فالمدعى ببينته لا يثبت استحقاق الرقبة ، وإنما يثبت وجوب الرد على صاحب اليد ، فإن موجب الغصب وجوب الرد على الغاصب ، والرد الواجب على الغاصب مما لا يمكن إحالته على غيره ، فمتى قبلنا هذه البينة ، كان فى هذا إبطال خصومة المدعى أصلا ، وإنه لا يجوز .

توضيحه : أن الدعوى إذا وقع فى الغصب ، فالمدعى يدعى على صاحب اليد فعله ، وهذه الدعوى لا تصح على غيره ، فلا يصح إحالته على غيره ، أما الدعوى إذا وقعت فى الملك الملق ، فالمدعى رقبة العين ، وهذه الدعوى صحيحة على غيره ، فيصح إحالته عليه .

عبارة أخرى للفرق : أن الدعوى إذا وقع فى الفعل على صاحب اليد ، فالمدعى ببينته يثبت على صاحب اليد أخذًا منه ، أو قبول عقد منه ، وذلك كله يناقض دعواه أن فلانًا أودعه ، أما إذا وقع الدعوى فى الملك المطلق ، فالمدعى ببينته يثبت ملك الرقبة لنفسه ، وذلك لا يناقض دعوى صاحب اليد أن فلانًا دفعه إليه لجواز أن يكون الغير للمدعى يدفعه إلى صاحب اليد غيره ، ثم إذا لم تندفع الخصومة عن صاحب اليد فى هذا الفصل ، وقضى القاضى للمدعى بالدار ، ثم حضر الغائب ، وأقام بينة أنها داره ، كان دفعها إلى صاحب اليد وديعة ، فالقاضى يقضى للذى حضر بالدار ؛ لأن الذى حضر لم يصر مقضيًا عليه بالقضاء على صاحب اليد ؛ لأن القضاء بالملك المطلق على ذى اليد إنما يتعدى عن ذى اليد إلى من يدّعى تلقى الملك من جهة ذى اليد ، وإلى[1] من كان ذو اليد خصمًا عنه فى الخصومة فى الملك ، والذى حضر لايدعى تلقى الملك من جهة ذى اليد ، وكذلك ذو اليد لم يكن خصمًا عن الذى حضر ، فلايتعدى القضاء إلى

---

(١) وفى م : "أو" مكان : "واو" .

الذى حضر .

وكذلك لو أن صاحب اليد لم يقم بينة على ما ادعى ؛ لأن ما لا يقبل وجوده مثل عدمه، ثم إن محمدًا رحمه الله صحح دعوى الغصب فى العقار فى هذا الفصل، قيل : إنه قول محمد، وقيل : إنه قول الكل، وكذلك فيما إذا وقع الدعوى فى الملك المطلق لو لم يقم صاحب اليد بينة على ما ادعى من الإيداع وقضى القاضى بالدار للمدعى لو حضر الغائب، وأقام بينة على أن الدار داره، كان دفعها إلى صاحب اليد وديعة، فالقاضى يقضى بالدار للذى حضر، وطريقه ما قلنا .

١٧١١٠- قال : عبدٌ فى يدى رجل، أقام العبد بينة أنه عبد الذى هو فى يده، وأنه أعتقه، وأقام صاحب اليد بينة أنه عبد فلان أودعه إياه، فالقاضى يقضى بعتق العبد، ولا تندفع الخصومة عن صاحب اليد بما أقام من البينة، إما لأن صاحب اليد انتصب خصمًا للعبد بدعوى الفعل عليه، وهو الإعتاق، وفى مثل هذا لا يندفع الخصومة عن صاحب اليد بإقامة البينة على الإيداع من الغير، أو لأن بينة المدعى أثبت إعتاق صاحب اليد، وإعتاقه ينقض دعواه أنه عبد فلان أودعه إياه، ثم يقضى القاضى بالملك لصاحب اليد حتى يقضى عليه بالعتق، وإن كان هو يجحد الملك لنفسه ؛ لأن العبد يدعى العتق من جهة ذى اليد، ولايتمكن من إثبات العتق من جهة ذى اليد إلا بإثبات الملك لذى اليد، فكان للعبد إثبات الملك فى رقبته لذى اليد، وإن كان ذو اليد منكرًا، ثم إذا قضى القاضى بعتق العبد لو حضر الغائب، وأقام بينة أنه عبده، فإنه لا ينتفع بهذه البينة، ولا يرد العتق .

فرق بين هذه المسألة وبين ما إذا ادعى رجل عينًا فى يدى رجل ملكًا مطلقًا، وادعى أن صاحب اليد غصبه منه، وأقام على ذلك بينة، وأقام صاحب اليد بينة أن هذا العين ملك فلان أودعنيه، فإنه لا يندفع الخصومة عن ذى اليد بهذه البينة، ويقضى للمدعى ببينته، فإن حضر الغائب بعد ذلك، وأقام بينة أن هذا العين له، أودعه صاحب اليد، فالقاضى يقضى للذى حضر بذلك العين أنها داره قبلنا بينته، وقضينا بالدار له .

والفرق : من وجهين : أحدهما أن البينة حجة شرعية، فيجب العمل بها ما لم يتضمن ذلك إبطال بينة اتصل بها قضاء القاضى ؛ لأن البينة التى اتصل بها قضاء القاضى

صارت حجة كاملة لترجح جهة الصدق فيها على جهة الكذب، فلا يجوز إبطالها.

إذا ثبت هذا، فنقول: فى مسألة العتق لو قضينا للغائب ببينته، تبطل البينة التى أقامها العبد على العتق ضرورة؛ لأن المعتق لم يبق محلا لحدوث الملك فيه، فلو قضينا بالملك للغائب يظهر أن العتق لم يكن، فيظهر بطلان تلك البينة ضرورة، وقد اتصل بها القضاء، فلايجوز إبطالها، وهذا المعنى معدوم فى الملك المطلق، فإنا لو قضينا ببينة الغائب، لا يظهر بطلان تلك البينة، إذ لا يظهر أن الملك لم يكن ثابتًا للمدعى بالقضاء الأول؛ لأن المحل يبقى محلا لحدوث الملك فيه لغير المدعى بعد ما ثبت للمدعى، ولعل كان الملك للمدعى، ثم صار للغائب وقت إقامة البينة، فلهذا افترقا.

والثانى من الفرق: أن القضاء بالعتق على ذى اليد قضاء على الناس كافة، والقضاء بالملك المطلق على ذى اليد ليس بقضاء على الناس كافة، وبيان ذلك من وجوه: أحدهما: أن العبد بالعتق يستحق رق نفسه، والرق واحد فى حق الناس أجمع؛ لأنه محل الملك، وإنما يختلف حكمًا باختلاف سببه، وسبب الرق لا يختلف، بل هو شىء واحد، وهو السبى الأول والولادة من رقيقه، ألا ترى أن الحكم المتعلق بالملك يبطل بتحديد سبب الملك، كالرد بالعيب، فإنه إذا باع المشترى، ثم اشتراه لا يرد على البائع الأول بعيب كان فيه يده، والحكم المتعلق بالرق يعود، ألا ترى لو حلف بعتق عبده، ثم باعه ثم اشتراه ثم حنث، عتق العبد، وإذا كان واحدًا، وقضى القاضى به للمدعى، يتأوّل[1] قضاء الناس أجمع؛ لأنه واحد، فلايتصور مقضيًا به للمدعى فيحقه غير مقضى به فى حق غيره مع كون الحجة حجة فى حق الناس أجمع، والملك إذا اختلف جاز أن يقضى للمدعى بما كان لزيد، ويبقى فيه ما كان لعمر وغير مقضى به.

والثانى: أن القضاء بالعتق قضاء بسقوط مالية المحل، وهذا لا يتصور أن يكون ثابتًا لذى اليد وليس من ضرورة عدم الملك لذى اليد أن لا يكون ثابتًا لغيره.

والثالث: أن العتق تعلق به أحكام متعدية إلى الناس كافة من أهلية الشهادة، وثبوت الولايات وغير ذلك، فانتصب ذو اليد خصمًا عن الناس كافة، وكان القضاء على ذى اليد قضاء على الناس كافة، فصار الغائب مقضيًا عليه، والإنسان متى صار

---

(١) وفى الأصل: "تناول".

مقضيًا عليه فى حادثة لا يتصور أن يصير مقضيًا له فى تلك الحادثة ، أما الملك المطلق لم يتعلق به أحكام متعدية إلى الناس كافة ، فلم يكن القضاء به على ذى اليد قضاء على الناس كافة ، فبقى الغائب على دعواه .

والرابع : فى دعوى العتق حق الله تعالى ؛ لأن حق الله تعالى يزداد بسبب العتق من إقامة الجمعة والأعياد والحدود والزكاة والحج ، ولهذا لا يجوز استرقاق الحر برضاه ؛ لأن فيه إبطال حق الله تعالى ، وجميع الناس كالنائبين عن الله تعالى فى إثبات حقوقه من حيث إنهم عبيده ، كالورثة نائبين عن الميت فى إثبات الحقوق له ، وعليه من حيث إنهم خلفاءه ، ثم بعض الورثة ينتصب خصمًا عن الباقين فيما يدعى على الميت وله ، فكذا ههنا وجب أن يكون كذلك ، فبهذا الاعتبار ينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب ، ويصير الغائب مقضيًا عليه بالقضاء على الحاضر ، إلا أن فى دعوى العتق دعوى إزالة الملك عن العبد ، والملك فى العبد من حق العبد . وبعض الناس لا ينتصبون خصمًا عن الباقين فى إثبات حقوقهم إلا بالتوكيل بأن يدعى على الغائب ما يكون سببًا لثبوت ما يدعى على الحاضر ، ولا يوجد ههنا واحد منهما ، فلا ينتصب ذو اليد خصمًا عن الغائب ، فلا يصير الغائب مقضيًا عليه بهذا الاعتبار ، فإذا[1] الغائب بأحد الاعتبارين صار مقضيًا عليه ، وباعتبار الآخر لم يصر مقضيًا عليه ، ولا يمكن أن يجعل مقضيًا عليه وغير مقضى عليه لما بينهما من التنافى ، فلابد من ترجيح أحدهما .

فنقول : ترجيح حق الله تعالى أولى لوجهين : أحدهما : أن فى مراعاة حق الله تعالى حق العبد أيضًا ، وهو صيرورته أهلا للملك والشهادة ، وفى مراعاة جانب الملك مراعاة حق واحد ، وهو حق مولى العبد ، والثانى : أنه اجتمع ههنا ما يوجب الحرية ، وما يوجب الرق ، فترجح ما يوجب الحرية ، كما اجتمعت هاتين البينتين فى الابتداء ، أما دعوى الملك المطلق فليس دعوى فيه حق الله تعالى ، بل هو دعوى حق العبد ، وفى حقوق العباد لا ينتصب البعض خصمًا عن البعض إلا بالطريق الذى قلنا ، ولم يوجد ذلك ههنا ، فاقتصر القضاء على ذى اليد ، ولم يصر الغائب مقضيًا عليه .

واستشهد محمد رحمه الله فى الكتاب لإيضاح ما قلنا ، فقال : ألا ترى أن رجلا

---

(١) وفى الأصل : "أن" .

لو ادعى عبداً فى يدى رجل أنه عبده، وأقام البينة على ذلك، وقضى القاضى له بالعبد، ثم جاء رجل وأقاك بينة أنه عبده، قضى القاضى له بالعبد، ولو كان الأول أقام البينة أنه عبده أعتقه، وقضى القاضى بعتقه، ثم جاء آخر، وأقام بينة أنه عبده، لم يقض ببينته؛ لأن فى الفصل الأول الثانى لم يصر مقضيّا عليه ببينة الأول، وفى الفصل الثانى صار الثانى مقضيّا عليه ببينة الأول على ما ذكرنا.

١٧١١١- قال: عبد فى يدى رجل، جاء رجل، وأقام بينة أنه عبده، اشتراه من ذى اليد بألف درهم، ونقده الثمن، وأقام صاحب اليد بينة أنه وديعة عنده من جهة فلان، لا تندفع الخصومة عن ذى اليد؛ لأن ذا اليد انتصب خصمًا للمدعى بدعوى فعل عليه، وهو البيع، فصار كما لو انتصب خصمًا له بدعوى الغصب عليه، فقد وضع محمد رحمه الله هذه المسألة فيما إذا ذكر المدعى فى دعواه نقد الثمن، ولم يذكر قبض المبيع، لا فى دعوى المدعى، ولا فى شهادة شهود المدعى، ولاشك أن فى هذه الصورة لا تندفع الخصومة عن ذى اليد؛ لأن المدعى ادعى عليه فعلا، وهو الشراء[1]، وهو باقٍ حكمًا لبقاء حكم البيع، وهو وجوب تسليم المبيع إلى المشترى، فيبقى دعوى الفعل معتبراً، وذو اليد متى انتصب خصمًا بدعوى الفعل عليه، لاتندفع الخصومة عنه بإقامة البينة على الإيداع من الغائب.

توضيحه: أن المدعى يدعى عليه وجوب التسليم، وهو فعل فى ذمته، والأفعال الواجبة فى الذمة لا يتصور تحويلها إلى غيره، فلا يقدر على تحويل هذه الخصومة إلى غيره، فأما إذا ادعى الشراء والقبض منه، وقد شهد الشهود بالشراء والقبض من ذى اليد، والباقى بحاله، هل تندفع الخصومة عن ذى اليد؟ لم يذكر محمد هذا الفصل فى مسألة العبد، وقد اختلف المشايخ فيه.

حكى القاضى الإمام أبو الهيثم عن القضاة الثلاثة أبى حازم وأبى سعيد البردعى وأبى طاهر الدبّاس رحمهم الله: أن الخصومة تندفع عن ذى اليد، وغيرهم من مشايخنا قالوا: لاتندفع، وقد وضع محمد رحمه الله هذه المسألة فى آخر دعوى "الجامع" فى الدار فى باب ما يكون الرجل فيه خصمًا، وما يندفع عن نفسه، ونصّ فى هذا الفصل

---

(١) وفى م "البيع".

على أنه تندفع الخصومة عن ذى اليد كما هو مذهب القضاة الثلاثة، فوجه قول القضاة أن دعوى الشراء مع القبض دعوى الملك المطلق، ألا ترى أن إعلامه ليس بشرط لصحة البينة حتى إن من قال لغيره: بعت منك عبداً بألف درهم، وسلّمته إليك، وأقام البينة على ذلك، قبلت بينته، وإن كان العبد مجهولا ؛ لأنه أقام البينة على البيع والتسليم، فكان دعوى الثمن لا غير، وهذا لأن الشراء ينتهى بالقبض، وبعد انتهاءه لا يبقى حتى تكون دعوى العقد، فثبت أنه دعوى مطلق الملك، وهذه الدعوى تندفع عن صاحب اليد بإحالة اليد إلى غيره.

وجه قول غيرهم من المشايخ من وجهين: أحدهما: أن دعوى العقد المذكور وهو الشراء بقى معتبراً، ولم يصر كدعوى ملك مطلق، ولهذا لا يقضى القاضى للمدعى بالزوائد المنفصلة، ولا يرجع الباعة بعضهم على البعض، ولو جعل بمنزلة دعوى الملك المطلق، لكان الأمر بخلافه، الوجه الثانى: أن المدعى بينته أثبت الشراء من صاحب اليد، وبيع صاحب اليد العبد من المدعى إقرار من صاحب اليد أن العبد مملوك له، وأن البيع قد صح، وأن العبد صار ملكًا للمشترى، فيصير متناقضًا فى دعوى الإيداع من الغائب، فإذا صار متناقضًا لا يسمع دعواه الإيداع، ولا معتبر بالبينة بدون الدعوى، فصار وجودها والعدم بمنزلة. ولو انعدمت البينة على الإيداع، أليس أنه لا تندفع الخصومة عن ذى اليد، كذا ههنا.

ثم إذا لم تندفع الخصومة عن صاحب اليد فى هذه المسألة على ما هو موضوع محمد، وهو ما إذا ذكر المدعى نقد الثمن، ولم يذكر قبض المبيع، ولم يشهد الشهود بقبض المبيع أيضًا، ووجب القضاء بالعبد لمدعى الشراء، فقبل أن يقضى القاضى لمدعى الشراء بالعبد حضر المقر له، وصدّق ذا اليد فيما أقر له به، فإن القاضى يأمر ذا اليد بدفع العبد إلى المقر له، ثم يقضى بالعبد لمدعى الشراء على المقر له، ولا يكلف مدّعى الشراء إعادة البينة على المقر له، أمّا يؤمر صاحب اليد بدفع العبد إلى المقر له؛ لأن الإقرار من صاحب اليد يكون العبد ملكًا للمقر له وجد فى حال العبد ملكه ظاهراً بحكم يده، فاعتبر إقراره فى حق نفسه، فأمر بتسليم العبد إلى المقر له، وأما لا يكلف مدعى الشراء إعادة البينة على المقر له؛ لأن بينته قد صحت ظاهراً لكون صاحب اليد خصمًا له من حيث الظاهر، واستحق هو القضاء بهذه البينة، فصاحب اليد بإقراره يريد إبطال البينة

القائمة عليه، ويريد إبطال استحقاقه القضاء بهذه البينة، فلا يقدر عليه، واعتبر إقرار صاحب اليد فى حق نفسه دون المدعى، وصار الغائب عند حضرته بمنزلة الوكيل بالخصومة عن ذى اليد، وهذا لأن صاحب اليد لما أقر بالملك للغائب والخصومة أبدا تكون إلى الملك، فقد فوّض الخصومة إليه، فصار حاصل مسألتنا فى حق المدعى كأن المدعى أقام البينة على ذى اليد، فقبل أن يزكى شهوده وقضى له بالعبد وكّل ذواليد رجلا بخصومة المدعى، ودفع العبد إليه، وهناك إذا زكيت الشهود، يقضى بالعبد للمدعى، ولا يكلف المدعى إعادة البينة، كذا ههنا، ويكون المقضى عليه فى هذه الصورة صاحب اليد دون المقر له؛ لأن المقر له بمنزلة الوكيل عنه، ولأجل هذا المعنى ظنّ بعض مشايخنا أن ما ذكر من الجواب فى الكتاب قولهما، لا قول أبى حنيفة؛ لأنهما يريان جواز التوكيل ولزومه من غير خصم، وأبو حنيفة لا يرى ذلك، وليس الأمر كما ظنوا؛ لأن أبا حنيفة رحمه الله إنما لايرى ذلك قصدًا، والتوكيل ههنا لا يثبت قصدًا، وإنما يثبت حكمًا للإقرار بالملك، وكم من شىء يثبت حكمًا ولا يثبت قصدًا، فلهذا قضى القاضى للمدعى على صاحب اليد من غير إعادة البينة، فإن قال المدعى: أنا أعيد البينة على المقر له، كان له ذلك، وكان المقضى عليه فى هذه الحالة المقر له، لا ذا اليد بخلاف ما إذا قال المدعى: لا أعيد البينة، فإن المقضى عليه فى هذه الصورة ذو اليد لا المقر له.

والفرق: أن المدعى إذا لم يرض بإعادة البينة، لم ينفذ إقرار ذى اليد فى حق المدعى، كيلا يلزمه إعادة البينة، فكان وجود إقراره كعدمه، ولو عدم منه البينة، كان المقضى عليه ذو اليد؛ لأن البينة قامت عليه، وهو لم يكن وكيلا عن المقر له، فأما إذا قال: أنا أعيد البينة، فقد رضى ببطلان ما أقام على ذى اليد من البينة، فنفذ إقرار ذى اليد على المدعى، ويثبت الملك للمقر له فى حق المدى، وصار المقضى عليه فى هذه الحالة المقر له لا صاحب اليد. فلو أن القاضى لم يقض بالعبد للمدعى على الذى حضر حتى أقام الذى حضر ببينته على المدعى أن العبد عبده، كان أودعه من صاحب اليد، أو أقام البينة أن العبد عبده، ولم يقم البينة على الإيداع، قبلنا بينته، وقضينا بالعبد له، وأبطلنا بينة مدعى الشراء؛ لأن الذى حضر أثبت ببينته أن مدعى الشراء أقام البينة على غير الخصم.

فإن قيل: ينبغى أن لا تقبل بينة الذى حضر على مدعى الشراء؛ لأن العبد فى يد

الذى حضر ، وذو اليد إذا أقام بينة على أن ما فى يده ملكه ، لا تقبل بينته ، لاستغناءه عن إقامة البينة ، لكون الملك ثابتًا له بظاهر اليد .

قلنا : بينة الذى حضر عندنا لا تقبل لإثبات الملك لنفسه ، وإنما تقبل لإبطال بينة مدعى الشراء ؛ لأن الذى حضر بينة يثبت أن المدعى أقام البينة على غير الخصم ، وبينة ذى اليد على إبطال بينة المدعى مقبولة ، كما لو أقام ذو اليد بينة أن شهود المدعى عبيد أو كفار ، وما أشبه ذلك ، فإن أقام المدعى بينة بعد ذلك على إقرار المقر له ، قبلت بينته ، ويقضى بالعبد له ؛ لأنه خارج ، والمقر له ذو اليد ، والخارج مع ذى اليد إذا أقام البينة ، والخارج يدّعى الشراء من خارج آخر ، تقبل بينة الخارج ، ويقضى له على ذى اليد ، كذا ههنا .

هذا إذا أقام المقر له بينة قبل القضاء للمدعى ، فأما إذا أقام بينة بعد القضاء للمدعى ، لكن بالبينة التى قامت على صاحب اليد ، بأن لم يعد المدعى بينة على صاحب اليد ، قبلت بينته أيضًا ، ويقضى له بالعبد على المدعى ؛ لأن المقر له لم يصر مقضيّا عليه ، إنما المقضى عليه ذو اليد على ما مر .

فإن قال مدعى الشراء : أنا أقيم البينة على المقر له أن العبد كان لصاحب اليد ، وأنى اشتريته منه ، فهذا على وجهين : إما أن أعاد البينة بعد ما قضى القاضى للذى حضر ببينته ، أو قبل ذلك ، فإذا أعاد بعد القضاء لا تقبل بينته ؛ لأن المدعى صار مقضيّا عليه من جهة الذى حضر ببينته أقامها عليه ، وبينة المقضى عليه فيما صار مقضيّا عليه لا تقبل ، وإن أعاد قبل القضاء ، قبلت بينته ، وقضى بالعبد له ؛ لأنه لم يصر مقضيّا عليه ، فينبغى أن تقبل بينته .

فإن قيل : كيف تقبل بينة المدعى فى هذه الصورة ، وأن الملك قد ثبت له بقضاء القاضى ، وكان مقيمًا البينة على إثبات ما هو ثابت؟ قلنا : إنما قبلت بينته ليصير المقر له مقضيّا عليه بهذه البينة ، فلا تقبل بينة المقر له بعدذلك على هذا المدعى ، لا لإثبات الملك له مقصودًا بالبينة ، ألا ترى أنه إذا أعاد البينة على المقر له ، قبلت ، وإن لم يكن المدعى محتاجًا إلى البينة لإثبات الملك ، إنما قبلت لتصير المقر له مقضيّا عليه ، فلا تقبل بينته بعد ذلك على المدعى ، كذا ههنا .

ثم إن محمداً رحمه الله قال فى الفصل الأول : وهو ما إذا لم يقض القاضى بالعبد للمدعى على الذى حضر حتى أقام الذى حضر ببينته أن العبد عبده، كان أودعه من صاحب اليد، قبلنا بينته، وقضينا بالعبد له، وأبطلنا بينة مدعى الشراء.

حكى عن الفقيه محمد بن حامد : أنه كان يقول : ينبغى أن يقضى بالعبد بين الذى حضر وبين مدعى الشراء نصفان، ووجه ذلك أن اليد التى للذى حضر فى العبد غير معتبرة، ألا ترى أن بينته قبلت على مدعى الشراء، ولو كانت يده معتبرة لما قبلت بينته؛ لأن بينة ذى اليد على دعوى الملك المرسل لا تقبل، خصوصًا إذا كان ثمّة بينة تعارضها، أو نقول بعبارة أخرى : العبد وإن كان فى يد الذى حضر حقيقة، فهو فى يد صاحب اليد الأول حكمًا، ألا ترى أن المدعى لا يكلف إعادة البينة على الذى حضر ولو لا أنه جعل فى الحكم كأنه فى يد المقر له، وإلا يكلف إعادة البينة، فيثبت أن العبد إذا كان فى يدى الذى حضر حقيقة، فهو فى يد صاحب اليد الأول حكمًا، وإذا كان هكذا كان الذى حضر خارجًا فى العبد، كمدعى الشراء، وقد أقام كل واحد منهما البينة على أن العبد له، فينبغى أن يقضى بينهما نصفان.

وقال الفقيه محمد بن حامد : هذا بلغنى أن ابن سماعة كتب بهذا إلى محمد ابن الحسن، واحتج عليه بمسألة يأتى ذكرها بعد هذا -إن شاء الله تعالى- وكتب فى الجواب : أن الصحيح أن يقضى بالعبد بينهما نصفان.

حكى عن الشيخ الإمام أبى نصر الصفّار أنه كان يقول : إن شيخنا أبا الهيثم ما كان يحكى لنا الطعن بكلام ابن سماعة فى هذه المسألة، وإنما يحكى بما يأتى بعد هذا -إن شاء الله تعالى- وكان يقول : ما ينبغى أن يكون فى هذه المسألة طعن؛ لأن أكثر ما فى الباب أنا نجعل الذى حضر خارجًا حكمًا، والمدعى خارج حقيقة مع هذا القضاء ببينة الذى حضر أولى، ويجوز أن يترجح أحد الخارجين على الآخر على ما عرف.

وبيان وجه الترجيح ههنا : أن مدعى الشراء يدعى الاستحقاق من جهة صاحب اليد الأول، والذى حضر يدعى الاستحقاق على صاحب اليد الأول، ولهذا أثبت الترجيح لبينة الذى حضر؛ لأن الذى يدّعى الاستحقاق على صاحب اليد يثبت بطلان تصرف صاحب اليد، وبيعه من المدعى، فببينته تثبت زيادة على بينة المدعى.

ونظير ما قالوافى عبد فى يدى رجل : جاء رجل وأقام بينة أنه عبده، ورثه من أبيه، كانت بينة مدعى الشراء أولى ؛ لأنه يدعى الاستحقاق على العبد، وهذا يدعى الاستحقاق من جهة الأب، كذا هنا.

قال : وإن كان مدعى الشراء أقام شاهدًا واحدًا على الشراء من ذى اليد، فأقر صاحب اليد أن العبد لفلان الغائب، أودعنيه، وقبل أن يقيم شاهدًا آخر حضر فلان، وصدّق صاحب اليد فيما أقر، أمر بتسليم العبد إلى الذى حضر على ما مر، ثم إن المدعى أقام شاهدًا آخر على الشراء قضى بالعبد له، ولا يكلف إعادة الشاهد الأول على الذى حضر ؛ لأن إقامة الشاهد الأول على ذى اليد صح من حيث الظاهر، واستحق المدعى القضاء بشهادته عند انضمام شاهد آخر إليه، فلا يبطل هذا الاستحقاق بإقرار ذى اليد للمقر له، ويكون المقضى عليه صاحب اليد، لا الذى حضر ؛ لأن الشاهد الثانى منضم إلى الشاهد الأول. أما الشاهد الأول غير منضم إلى الشاهد الثانى.

بيانه : أن الشاهد الأول أقام على من هو خصم من حيث الظاهر، وهو صاحب اليد، والشاهد الثانى أقام على الذى حضر، وأمكن أن يجعل الذى حضر تابعًا لصاحب اليد؛ لأن صاحب اليد رضى بتفويض الخصومة إليه، فيمكن القضاء حينئذٍ، فضممنا الشاهد الثانى إلى الشاهد الأول، وجعلنا الشاهد القائم على الذى حضر كالقائم على صاحب اليد، وجعلنا الذى حضر كالوكيل عن صاحب اليد، أما لو ضممنا الشاهد الأول إلى الشاهد الثانى، لايمكن القضاء ؛ لأن الذى حضر لم يرض بخصومة صاحب اليد، فلم يمكن أن يجعل صاحب اليد تبعًا للذى حضر، فلهذا ضممنا الشاهد الثانى إلى الشاهد الأول، وإذا جعلنا كذلك صار كأن المدعى أقام الشاهد على صاحب اليد، وهناك المقضى عليه صاحب اليد لا الذى حضر، كذا ههنا.

وما يقول محمد فى الكتاب : إنه يقضى بشهادة الشاهدين على رب العبد أراد به القضاء فى حق الأخذ والانتزاع من يديه، لا فى حق الملك، بدليل أنه ذكر بعد هذا أن الذى حضر وهو المقر له لو أقام البينة أن العبد عبده، قبلت بينته، ولو صار مقضيًا عليه لما قبلت بينته.

ولو أن مدعى[1] الشراء لم يقم على صاحب اليد على الشراء لا شاهدين، ولا شاهدًا واحدًا حتى أقر صاحب اليد أن هذا عبد فلان أودعنيه، ثم حضر المقر له، وصدّق صاحب اليد فيما قال، ودفع العبد إليه، ثم أقام المدعى شهودًا على المقر له أن هذا العبد كان لصاحب اليد أنى اشتريته منه، وقضى القاضى بذلك، لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل فى الكتاب، قيل: ينبغى أن يكون المقضى عليه فى هذه الصورة المقر له؛ لأن إقرار صاحب اليد قبل إقامة المدعى البينة أصلا صحيح فى حق المدعى، إذ ليس فيه إضرار بالمدعى، فصح، فصار الثابت بالإقرار كالثابت بالبينة، ولو ثبت بالبينة أن العبد للمقر له، وقضى القاضى له بالعبد، ثم أقام مدعى الشراء بينة أن العبد كان لصاحب اليد، وأنه اشتراه منه، وقضى القاضى لمدعى الشراء، كان المقضى عليه المقر له دون ذى اليد، كذا ههنا، بخلاف الفصل الأول والثانى؛ لأن ثمة إقرار ذى اليد لم يصح فى حق المدعى أصلا؛ لأنه لو صح بطل ما أقام المدعى من البينة، فتضرر به المدعى بإعادة البينة، أما ههنا فبخلافه.

١٧١١٢- قال محمد: فى دار فى يدى رجل، فأقام رجل البينة أنها داره، اشتراها من ذى اليد، ونقده الثمن، وقبض الدار، وأقام الذى فى يديه بينة أنها دار فلان أودعنيها، فلا خصومة بينهما، وهى المسألة التى يشهد للقضاة الثلاثة فى مسألة العبد، ولو لم يشهد شهود المدعى على قبض المبيع، وباقى المسألة بحاله، لم تندفع الخصومة عن ذى اليد، ويقضى القاضى بالبيع عليه، ويأمره بتسليمها إلى المدعى.

قال: ولو ادعى المشترى على صاحب اليد المشترى والقبض، وصدّقه صاحب اليد فى ذلك، ثم ادعى صاحب اليد أنها وديعة لفلان، وأقام البينة، فلا خصومة بينهما؛ لأن الثابت بتصادقهما كالثابت بالبينة، ولو ثبت الشراء والقبض بالبينة، وباقى المسألة بحالها، قد ذكرنا أنه لا خصومة بينهما، فكذا إذا ثبت بالتصادق.

ولو ادعى المشترى على صاحب اليد الشراء بدون القبض، وصدّقه صاحب اليد فى ذلك، ثم أقام صاحب اليد بينة على أنها وديعة عنده من جهة فلان، لا تندفع عنه الخصومة؛ لأنه لو ثبت الشراء بدون القبض بالبينة، وباقى المسألة بحالها، لا تندفع

---

(١) وكان فى الأصل: "ولو أن صاحب مدعى الشراء".

الخصومة عن صاحب اليد، فكذا إذا ثبت بالتصادق.

توضيح الفرق بينهما أن تصديق صاحب اليد المدعى فى الشراء والقبض لا يناقض دعواه الإيداع من الغائب، لجواز أنه اشتراها من صاحب اليد، ثم آجرها من الغائب، أو رهنها منه، أو باعها منه، ثم إن الغائب أودعها من صاحب اليد، وإذا لم يوجب ذلك تناقضا فى دعواه الإيداع من الغائب، لا يمنع ذلك سماع دعوى الإيداع من الغائب، أما تصديق صاحب اليد المدعى فى الشراء بدون القبض يناقض دعواه الإيداع من الغائب؛ لأن المشترى لايملك التصرف فى المشتري[1] قبل قبض المبيع، فبعد البيع منه قبل التسليم لا يُتصور الإيداع من الغائب، فيكون هو متناقضًا فى هذه الدعوى، فلا تسمع دعواه.

حُكى هذا الفرق عن القاضى الإمام أبى عاصم العامرى، لكن هذا الفرق إنما يستقيم على قول محمد رحمه الله؛ لأن وضع المسألة فى الدار والتصرف فى العقار قبل القبض إنما لايجوز على قول محمد، أما على قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمه الله: التصرف فى العقار قبل القبض جائز، فلا يستقيم هذا الفرق على قولهما.

١٧١١٣- وإذا ادعى دارًا فى يدى رجل أن صاحب اليد وهبها منه، أو آجرها منه، أو رهنها منه، أو تصدق بها عليه، وأنه قبضها منه، وأقام ذو اليد البينة أنها دار فلان أودعها إياه، فإنه لاتندفع عنه الخصومة، هكذا ذكر محمد رحمه الله فى "الجامع"، روى الشيخ الإمام الزاهد أبو نصر الصفّار فى "شرح الجامع" عن القاضى أبى الهيثم عن القضاة الثلاثة: أن ما ذكر فى الكتاب أنه لا تندفع الخصومة عن ذى اليد قول محمد فى الرهن والإجارة، فأما فى الهبة والصدقة ينبغى أن تندفع الخصومة عن ذى اليد؛ لأن فى الرهن والإجارة ادعى عليه فعلا، ولم يقع الفراغ عن جميع أحكامها، فإن من حكمها إدامة القبض، وأنه لو عاد إلى يد الراهن أو الآجر يسقط حكم الرهن والإجارة، فبقى دعوى الفعل معتبرًا، فأما فى الهبة والصدقة وقع الفراغ من حكمها؛ لأن شرط صحتها أصل القبض لا إدامة القبض، فإنها لو عادت إلى يد الواهب والمتصدق، لا يبطل حكم الهبة والصدقة، فيسقط اعتبار دعوى الفعل.

ومن المشايخ من قال: ما ذكر جواب الكل، وهو الظاهر، فإن محمداً رحمه الله

---

(١) وفى ف: "الميراث".

جمع بين الكل، وذكر عقيبها جوابًا، والظاهر أنه أراد به جواب الكل، ووجه ذلك أن ذا اليد انتصب خصمًا للمدعى بدعوى الفعل عليه، ولم يسقط اعتبار دعوى الفعل [إليه](١)، وإن استوفى أحكامه، ولم يصر بمنزلة دعوى ملك مطلق، بدليل أنه لا يقضى للمدعى بالزوائد المنفصلة(٢)، ولا ترجع الباعة بعضهم على البعض، فبقى دعوى الفعل معتبرًا، ولا تندفع الخصومة عن صاحب اليد بإثبات الإيداع من الغائب.

القسم الثانى من هذا النوع:

١٧١١٤- أن يدعى المدعى الفعل على غير صاحب اليد. صورته: ادعى عينًا فى يدى رجل أنه له، غصبه منه فلان، والجواب فيه كالجواب فيما إذا لم يدع الفعل أصلا، هكذا ذكر فى "شرح الجامع"، وذكر محمد رحمه الله فى "كتاب العلل": إذا ادعى ثوبًا فى يدى رجل أنه ثوبه، سرقه منه فلان الغائب، وأقام على ذلك بينة، وأقام الذى فى يديه بينة أنه وديعة عنده من جهة فلان الغائب، لا تندفع الخصومة عن ذى اليد، ويقضى بالثوب للمدعى، وهذا استحسان، والقياس أن تندفع كما لو قال: هذا ثوبى غصبه منى فلان، وأقام صاحب اليد بينة على أنه وديعة عنده من جهة فلان الغائب.

وجه الاستحسان: أنا لو دفعنا الخصومة عن صاحب اليد بهذا يصير ذلك سببًا لوجوب الحد على الغائب؛ لأن المدعى يتبعه، ويثبت السرقة عليه، ويقضى عليه بالقطع؛ لأنه ظهر سرقته قبل أن وصل العين إلى المالك، فأما إذا لم تندفع الخصومة عن ذى اليد، وقضينا بالثوب للمدعى، لا يجب القطع على الغائب بعد ذلك، وإن ظهر سرقته؛ لأنه إنما يظهر سرقته بعد ما وصل العين إلى المالك، ويحتال لدرء الحدّ ما أمكن، فلم تندفع الخصومة عن ذى اليد فى هذه الصورة احتيالا لدرء الحد. خرج على هذا مسألة الغصب؛ لأن هناك لو دفعت الخصومة عن ذى اليد إذا أثبت المدعى بعد ذلك الغصب على الغائب، لا يلزم الغائب حدّ.

١٧١١٥- وفى "كتاب العلل" أيضًا: رجل ادعى ثوبًا فى يدى رجل، أنه ثوبه

---

(١) هذا اللفظ فى الأصل وف: فقط.

(٢)وفى الأصل: "المتصلة".

غصبه منه فلان الغائب، وأقام على ذلك بينة، وقال صاحب اليد: فلان ذلك أودعنيه، فلا خصومة بينهما، وإن لم يقم صاحب اليد بينة على الإيداع.

١٧١١٦- وفى "الجامع" من هذا الجنس: رجل ادعى دابة فى يدى رجل، وقال فى دعواه: هذه الدابة كانت دابة فلان، وقد اشتريتها منه، وقال ذو اليد: فلان ذلك أودعنيها، فلا خصومة بينهما، وإن لم يقم ذو اليد بينة على دعواه؛ لأنهما تصادقا على أن يده يد غيره، والمدعى عليه يدعى ذلك صريحًا، والمدعى يدعى ذلك فى ضمن دعوى الشراء منه؛ لأن الشراء لا يصح إلا من صاحب اليد، فدعواه الشراء من الغائب إقرار منه باليد للغائب، والآن يراها فى يد صاحب اليد، فالظاهر وصولها إلى ذى اليد من جهة فلان، فعلم أن كون هذا اليد يد غيره ثبتت بتصادقهما، فاستغنى عن إثباته بالبينة.

عبدٌ فى يدى رجل، أقام بينة على ذى اليد أنه عبد فلان، وأن فلانًا أعتقه، وأقام على ذلك بينة، وأقام صاحب اليد بينة أن فلانًا ذلك أودعه إياه، فالقاضى لا يقضى بعتق العبد؛ لأن العبد مع صاحب اليد تصادقا على أنه ملك فلان، وأن بينة العبد على العتق غير مقبولة عليه؛ لأن بينته على العتق قامت على غير خصم؛ لأن صاحب اليد ليس بخصم عن[1] الغائب فى دعوى العتق عليه، فصار وجود هذه البينة والعدم بمنزلة، ولكن القاضى يقف العبد، ويحول بينه وبين صاحب اليد، وهذا استحسان، والقياس أن لا يحول.

وجه القياس فى ذلك: أن العبد قد أقر على نفسه بالرق، فإنه أقر أنه كان لفلان، فلو وجب الحيلولة إنما وجبت إذا ثبت العتق بهذه البينة، ولم يثبت على ما ذكرنا.

وجه الاستحسان أن فى هذه البينة شيئين: أحدهما: العتق، وذو اليد ليس بخصم فيه، والآخر: قصر يد صاحب اليد، وهو خصم فى ذلك، وأحدهما منفصل عن الآخر، لجواز أن يكون عبدًا، ولا يكون لصاحب اليد حق إمساكه، فيقبل البينة فيما هو خصم فيه، وهو قصر يده، وإن كان لا يقبل فيما ليس بخصم فيه، وهو العتق.

---

(١) وفى ظ: "على".

ونظير هذا ما لو وكّل رجلا بنقل[1] امرأته إلى موضع، فأقامت المرأة البينة أنه طلقها، والموكل غائب، فإنه يُقبل هذه البينة فى حق قصر يد الوكيل عن نقلها، للمعنى الذى ذكرنا، كذا ههنا، فلم يجعل دعوى العتق على الغائب فى هذه المسألة دعوى على ذى اليد، وفى المسألة المتقدمة جعل القضاء بالعتق على ذى اليد قضاء على الغائب، وجعل ذو اليد خصمًا على الغائب فى الإنكار.

والفرق: أن فى دعوى العتق على الغائب أمكن مراعاة الحقين من غير إبطال الحرية للعبد، بأن يقصر يد ذى اليد عن العبد باعتبار حق الله تعالى، حتى لا يستعمل ذو اليد حرا على كُره منه، ولا يقضى بالعتق باعتبار ما للمولى فى العبد من الحق، وهو الملك حتى يحضر الغائب، وليس فى مراعاة الحقين إبطال حق العبد فى الحرية، بل فيه تأخير إلى أن يحضر الغائب، فيقيم البينة عليه، فيقضى له بالعتق، فأما فى دعوى العتق على ذى اليد متى راعينا جانب الملك ولم نجعل الغائب مقضيّا عليه، أدّى[2] إلى إبطال حق الله تعالى، وحق العبد فى الحرية، فإنه يرد رقيقًا بعد ما حكمنا بعتقه على ذى اليد، بحيث لا يمكنه إثبات العتق بعد ذلك، فتعذّر مراعاة الحقين، ووجب مراعاة أحدهما، وكان مراعاة حق الله تعالى أولى، ثم فى هذه المسألة إذا حال القاضى بين العبد وبين صاحب اليد يستوثق من العبد بكفيل؛ لأن من الجائز أن العبد كان محتالا فى هذه الدعوى، وإنه قصد بهذا أن يزيل صاحب اليد عن نفسه حتى يستوثق منه بكفيل صيانة لحق الغائب، وإذا حضر الغائب، كلّف القاضى العبد إعادة البينة؛ لأن البينة الأولى لم تكن معتبرة على ما مر، فإن أعاد قضى بعتقه وإلا دفع إلى مولاه.

وكذلك لو أقام العبد البينة أنه عبد فلان الغائب، وأنه أعتقه، وأقام ذو اليد بينة أنه عبد فلان لإنسان آخر دفعه إليه وديعة، أو إجارة أو رهنًا، لا يقضى القاضى بعتقه، وفى الحيلولة قياس واستحسان على ما مر، ولو زعم ذو اليد أنه عبد، فلان الغائب أودعه إياه، وقال العبد: كنت عبدًا له، إلا أنه أعتقنى، أو قال العبد: كنت عبدًا لفلان الآخر أعتقنى، لا يقبل قول العبد فى العتق، فرق بين هذا، وبينما إذا قال: أنا حرّ الأصل

---

(١) هكذا فى ظ وف وم، وكان فى الأصل: "فى نقل".

(٢) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وف م: "أولى".

حيث يقبل قوله فى ذلك . والفرق أن العبد فى دعوى الإعتاق أقر على نفسه بالملك والرق ، وادعى زواله بالإعتاق ، فلايصدق إلا بحجة .

وقوله : أنا حرّ الأصل إنكار ثبوت الملك والرق واليد على نفسه ، والقول قول المنكر فى الشرع ، ألا ترى أن فلانًا لو كان حاضرًا ، وادعى أن العبد ملكه ، وقال العبد : أنا حر الأصل ، فالقول قوله ؛ لأن الأصل فى الآدمى الحرية ، فكان منكرًا ثبوت الملك ، واليد على نفسه ، ولو قال : كنت عبدًا له إلا أنه أعتقنى لا يقبل قوله ؛ لأنه ادعى زوال الملك بعد أقر به ، كذا ههنا .

فإن قيل فى قوله : أنا حر الأصل ، ينبغى أن يكون القول قول ذى اليد ؛ لأن العبد فى يدى ذى اليد من حيث الحقيقة ، وقول الإنسان فيما فى يده مقبول ، ألا ترى أنه لو كان فى يده ثوب أو دابة ، يقبل قوله فى أنه لفلان ، وطريقه ما قلنا .

قلنا : نعم العبد فى يدى ذى اليد حقيقة ، إلا إنا نعلم بيقين أن يده على العبد حادثة ؛ لأن يد الملك على الآدمى يكون حادثة لا محالة ؛ لأن الأصل فى الآدمى الحرية ، وإنها تنفى يد الغير ، فيكون القول قول من كان اليد له فى الأصل ، لا قول من كان فى يده فى الحال ، كثوب عرفناه فى يد رجل ، ثم رأيناه فى يدى رجل آخر ، وتنازعا فيه ، كان القول قول من كان العبد فى الأصل له ، لا قول من له اليد فى الحال ؛ لأنا تيقنا بحدوث يده ، كذا ههنا .

ولو قال العبد : أنا حر الأصل ، وأقام الذى فى يديه بينة أنه عبد فلان ، أودعه منى ، قضيت به[١] عبدًا لفلان ، ودفعته إلى الذى هو فى يديه .

فرق بين هذا ، وبينما إذا ادعى رجل هذا العبد ملكًا مطلقًا ، وأقام ذو اليد البينة أنه عبد فلان أودعه إياه ، واندفعت الخصومة عن ذى اليد ، فإنه لا يصير العبد مقضيًا به للغائب ، حتى لو حضر ، وأنكر أن يكون العبد له ، لا يلزمه العبد ، وههنا لو حضر الغائب ، وأنكر أن يكون العبد له ، لزمه العبد .

والفرق : وهو أن هناك العبد فى يدى ذى اليد حقيقة ؛ لأنه مملوك مرقوق[٢] محل

(١) وفى ف : "قضيت له" .

(٢) هكذا فى ظ ، وكان فى الأصل وف وم : "موقوف" .

لثبوت يد غيره عليه، وقد ثبت يد صاحب اليد عليه حقيقة، فيمكنه حفظه، فلا حاجة إلى إثبات الملك للغائب فى حق ذى اليد ليمكنه الحفظ، وإنما حاجة ذى اليد إلى دفعه الخصومة عن نفسه، ويمكنه ذلك بإثبات وصول العين إليه من جهة الغائب، فلا ضرورة إلى إثبات الملك للغائب.

أما فى مسألتنا العبد بدعوى حرية الأصل صار فى يد نفسه، وزال عنه يد ذى اليد؛ لما مر أن القول قوله فى أنه حر الأصل، و ذو اليد محتاج إلى إعادة يده عليه ليمكنه إقامة ما هو مأمور به، وهو الحفظ، ولا يمكنه إعادة يده عليه إلا بعد إثبات الملك للغائب، فصار هذا مأموراً من جهة الغائب بإثبات الملك له؛ لأن الأمر بالشىء أمر به، وبما لابد له منه، فصار وكيلا عن الغائب فى إثبات الملك له، فالبينة القائمة من ذى اليد كالبينة القائمة من الغائب.

أما فى تلك المسألة فلا حاجة إلى إثبات الملك للغائب، فلم تكن البينة القائمة من ذى اليد كالبينة القائمة من الغائب، فيقضى بالملك للغائب ههنا، ولم يقض له هناك لهذا.

وفرق أيضًا بين هذه المسألة، وبينما إذا ادعى رجل هذا العبد أنه له، وأقام على ذلك بينة، وأقام صاحب اليد بينة أنه عبد فلان أودعه، فالقاضى لا يقضى ببينة المدعى، فلم يجعل إقامة البينة على ذى اليد بالملك بمنزلة إقامة البينة على المالك، وفى هذه المسألة جعل إقامة البينة من ذى اليد على رق العبد بمنزلة إقامة البينة من المالك.

والفرق: وهو أن المودع خصم فيما يستحق عليه، وإقامة البينة على رق العبد استحقاق له، فصح من المودع، وإقامة البينة من العبد استحقاق على المودع، فلا تصح على المودع.

بيان هذا الكلام: أن المودع مأمور بالحفظ، فيملك ما يرجع إلى الحفظ، ولا يملك ما لايرجع إلى الحفظ، والاستحقاق عليه ليس من الحفظ فى شىء، فلا يكون نائبًا عنه فى ذلك، فأما الاستحقاق له من الحفظ، فيكون نائبًا عنه فى ذلك.

قال: ولو أقام ذو اليد بينة أن فلانًا أودعه إياه، ولم يشهدوا أنه له، لا يُلتفت إلى هذه الشهادة، حتى لا يُعاد العبد إلى يده؛ لأن الثابت بهذه البينة مجرد الإيداع،

والإنسان كما يودع ولده عند صديقه، وقد يطلب منه أن يحفظه، فلم يثبت الرق بهذه الشهادة، فبقيت الحرية الثابتة بالظاهر.

ولو أقام ذو اليد بينة أنه عبد فلان أودعه إياه، أو آجره، أو رهنه منه، وأقام العبد بينة أنه حر الأصل، لم يملك قط، لا يقضى بعتق العبد، كما لو أقام العبد البينة على العتق العارض على الغائب على ما مر، وفى الحيلولة قياس واستحسان، كما بينّا، فإذا حضر المقر له، فإن أعاد العبد البينة على أنه حر الأصل، يقضى بكونه حر الأصل، وإن لم يعد بقى رقيقًا، ولايكلف المقر له إعادة البينة أنه عبده؛ لما مرّ أن المودع خصم عنه فى إثبات الملك لحاجته إليه ليتهيأ له الحفظ، فكأنه أقام البينة لنفسه.

فرق بين هذه المسألة، وبينما إذا ادعى العبد على صاحب اليد أنه أعتقه، وقضى القاضى بعتق العبد، فإن هناك لا يقضى بكونه عبدًا، والفرق: أن هناك قد قضينا بحرية العبد على صاحب اليد؛ لأن العبد ادّعى العتق عليه، ولما قضينا بالعتق عليه، كان هذا قضاء على الناس كافة، أما ههنا لم يقض له بالعتق؛ لأنه لا يدعى الإعتاق على أحد، ولكنه يدّعى كونه حرّ الأصل، وذو اليد ليس بخصم فى هذا، فلا يقضى ببينته، وإذا لم يقض بحريته ههنا قبل دعوى الرق من الغائب.

١٧١١٧- قال محمد: رجل فى يديه دار، أقام رجل بينة أنها داره، اشتراها من عبد الله بألف درهم، ونقده الثمن، وقال ذو اليد: أودعنيها عبد الله الذى يدّعى الشراء منه، فإنه لا خصومة بينهما حتى يحضر عبد الله، ولا يكلف الذى فى يديه بينة على ما ادعى؛ لأن المدعى أقرّ بالملك لعبد الله، وادّعى الاستحقاق عليه بالشراء، والدعوى لا تسمع إلا بخصم، وذو اليد ليس بخصم له فى ذلك.

توضيحه: أن المدعى يدّعى تلقى الملك من جهة عبد الله، وذو اليد ليس بخصم لعبد الله فى هذا العين بعد ما أقر به لعبد الله، ألا ترى أنه لو حضر عبد الله يؤمر بالتسليم إليه من غير بينة ولا يمين، وإذا لم يكن خصمًا لعبد الله، كيف يكون خصمًا لمن يدعى تلقى الملك من جهته؟ ولأنه يثبت وصول الدار إلى يد ذى اليد من جهة عبد الله بتصادقهما على ذلك من حيث الظاهر؛ لأن المدعى لما ادعى الشراء من عبد الله، فقد أقر أنها كانت فى يده؛ لأن الشراء لا يصح إلا من صاحب اليد، وذو اليد لما أقر بالإيداع من

عبد الله ، فقد أقر له باليد أيضًا ؛ لأن الإيداع من عبد الله لا يتصور إلا بعد أن يكون فى يده ، وإذا ثبت اليد لعبد الله بتصادقهما يثبت تصادقهما على الوصول إلى يد ذى اليد من جهة عبد الله من حيث الظاهر ؛ لأنا لا نعرف يدًا ثالثة فيها حتى تحيل وصولها إلى يد ذى اليد من يد ثالثة ، فتعين وصولها إلى يده من جهة عبد الله ، فهو معنى قولنا : إنهما تصادقا على وصول هذا العين إلى يد ذى اليد من جهة عبد الله من حيث الظاهر .

وهذا بخلاف ما لو قال ذو اليد : أودعنيها عمرو وكيل عبد الله ، حيث لا تندفع الخصومة ما لم يقم البينة عليه ؛ لأنه لم يثبت وصول هذه الدار إلى يده من جهة عبد الله بوجه مّا ؛ لأن المدعى إن حصل مقرّا من حيث الظاهر بوصول الدار إلى يده من جهة عبد الله لما ادّعى الشراء منه إلا أن صاحب اليد كذبه فى ذلك ، وقال : ما وصل إلىّ من جهة عبد الله ، ولم يثبت الوصول إلى يده من جهته عمرو بإقرار ذى اليد ، لإنكار المدعى ذلك ، بخلاف ما نحن فيه على ما بينّا .

وإن قال المدعى للقاضى : حلف الذى فى يديه الدار أن عبد الله أودعها إياه كما قال ، فالقاضى يحلفه بالله لقد أودعك هذه الدار عبد الله ، وفيه نوع إشكال : أنه قبل قول الذى فى يديه الدار من غريمين ، والجواب : يجوز أن يحلف الإنسان على شىء مع أن القول فيه قوله ، كالمودع إذا ادعى رد الوديعة ، كان المعنى فيه أنا إنما دفعنا الخصومة عن ذى اليد لوصول الدار إلى يده من جهة عبد الله من حيث الظاهر مع احتمال أنها وصلت إليه من جهة غاصب غصب الدار من عبد الله ، أو من جهة وكيل عبد الله ، فيصح منه دعوى وصول الدار إليه من جهة غاصب عبد الله ، أو من جهة وكيله ، وذو اليد لو أقر أنه وصل إلى يده من جهة غاصب غصبها من عبد الله كان خصمًا للمدعى إلا أن يقيم البينة على ذلك ، فقد ادعى على ذى اليد معنى لو أقر به يلزمه ، فإذا أنكر يستحلف ، فإن حلف فلا خصومة بينهما ، وإن نكل جعله القاضى خصمًا للمدعى .

فإن قيل : ينبغى أن لا يحلفه القاضى ؛ لأن التحليف يترتب على دعوى صحيحة ، ودعوى المدعى أنها وصلت إلى صاحب اليد من جهة غير عبد الله بعد دعواه الشراء من عبد الله وقع فاسدًا ؛ لأنه بدعوى الشراء من عبد الله صار مقرّا بوصول إلى صاحب اليد من جهة عبد الله ، فيصير بدعوى الوصول من جهة غيره متناقضًا ،

والمناقضة تمنع صحة الدعوى، فأمّا إقرار المدعى بوصول الدار من جهة عبد الله، ثابت من حيث الظاهر مع احتمال الوصول من جهة غيره، فلا يصير بدعوى الوصول من جهة الغير بعد ذلك متناقضًا؛ لأنه ادعى ما هو المحتمل، فتصح دعواه، ويترتب عليه الاستحلاف، فلو أن القاضي حين استحلفه، قال: ما أودعنيها عبد الله، ولكن قال: غصبتها من عبد الله، وحلف على ذلك، جعله القاضي خصمًا له؛ لأنه متناقض فى الدعوى من حيث إنه ادّعى الإيداع أولا، ثم الغصب؛ لأن الإيداع غير الغصب، والمتناقض لا يسمع كلامه، فيجعل كأنه لم يوجد منه دعوى الوديعة، ولا دعوى الغصب، ولو لم يوجد واحد منهما لكان القاضي يجعله خصمًا، فكذا ههنا.

فإن قيل: كيف يجعله القاضي خصمًا ههنا، وقد وصل الدار إلى يده من جهة عبد الله بتصادقهما ظاهرًا؛ لأن المدعى بدعوى الشراء من عبد الله أقر بوصول الدار إليه من جهة عبد الله إلا أنهما اختلفا فى جهة الوصول، ولا معتبر باختلاف الجهة بعد الاتفاق على الأصل، كما فى باب الإقرار إذا قال الرجل لفلان على ألف درهم من قرض، وقال المقر له: لا، بل هو من غصب، فالقاضي يقضى على المقر [بالألف اتفقا على المقر][1] بالألف؛ لأنهما اتفقا على أصل الدعوى، واختلفا فى الجهة، فكذلك ههنا.

قلنا فى مسألة الإقرار: الكلامان حصلا من اثنين، فلا ينقض أحدهما الآخر؛ لأن الإنسان لا يملك نقض كلام غيره إلا أن المقر أقر بوصول الألف إليه من جهة المقر له، فيكون القول قول المقر له أنه بأى جهة وصل، فلهذا لا يصير رادّ الإقرار، وههنا الكلامان حصلا من واحد، والإنسان يملك نقض كلامه، وبين الكلامين مناقضة من حيث الظاهر، فينقض كل واحد منهما صاحبه، ويجعل كأنه لم يوجد منه دعوى الوديعة، ولا دعوى الغصب.

ونظير هذه المسألة، مسألة الوديعة إذا قال المودع: هلكت الوديعة، ثم قال: لا، بل رددتها، كان ضامنًا، وإن كان كل واحد من الأمرين لو كان لا يكون ضامنًا؛ لأنه لم يثبت واحد منهما لكونه متناقضًا، فكذا ههنا لم يثبت كل واحد من الأمرين، لمكان

---

(١) ههنا تكرار العبارة.

المناقضة، وجعل كأنه سكت ولم يدّع واحدًا منهما، ثم إذا جعله القاضى خصمًا للمدعى ببينته، ثم قدم عبد الله وادعى أنّ الدار له، كان أودع هذا الذى كانت فى يده، وأراد أن يأخذها من المدعى حتى يعيد المدعى عليه البينة، لم يكن له ذلك؛ لأن المشترى من عبد الله صار مقضيّا به لما جعل القاضى صاحب اليد خصمًا للمدعى، وقضى عليه ببطلان يده.

ولو قال الذى فى يديه الدار: أودعنيها عمرو وكيل عبد الله، لا تندفع الخصومة عنه ما لم يقم البينة عليه، وقد ذكرنا وجه ذلك، فإن أقام ذو اليد بينة، فشهدوا أن عبد الله دفعها إلى عمرو، وقالوا: لا ندرى دفعها عمرو إلى هذا الذى فى يديه أم لا؟ فهو خصم للمدعى؛ لأن الدافع لخصومة المدعى عنه دفع عمر الدار إليه، لا دفع عبد الله إلى عمرو، ولم يثبت دفع عمرو بهذه البينة، فإن قال الذى فى يديه الدار للقاضى: استحلف المدعى ما دفعها إلى عمرو، فالقاضى يحلف المدعى على ذلك؛ لأن الذى فى يديه الدار ادعى عليه معنى لو أقر به يلزمه، فإذا أنكر استحلف رجاء النكول، ألا ترى أن فى المسألة الأولى حلفنا[1] الذى فى يديه الدار بدعوى المدعى، وإنما حلفنا[2] لأن المدعى ادعى عليه معنى لو أقر به يلزمه، فإذا أنكر استحلف رجاء النكول، كذا ههنا، إلا أن فى المسألة الأولى استحلف الذى فى يده الدار على البتات، وهنا يستحلف المدعى على العلم؛ لأن ههنا المدعى يستحلف على فعل الغير من كل وجه؛ لأنه يستحلف على دفع عمرو الدار إلى ذى اليد، ولا فعل للمدعى فى ذلك، وهناك يستحلف ذو اليد على إيداع عبد الله الدار منه، وإيداع عبد الله الدار منه له اتصال به، وهذا القدر كاف للاستحلاف على البتات، كما لو ادعى أنه اشتراه منه.

ولو أن الذى فى يديه الدار أقام البينة أن عمرو أودعها إياه، وقالوا: لا ندرى من دفعها إلى عمرو، وقال الذى فى يديه الدار دفعها إلى عمرو وعبد الله، فلا خصومة بينهما يثبت وصول الدار إلى ذى اليد من جهة غيره، وإنه كافٍ لدفع خصومة المدعى، ولا يمين على الذى فى يديه الدار؛ لأنه أثبت ما ادعاه بالبينة، فهو نظير المودع إذا ادّعى

---

(١) كذا فى "مظ"، وفى نسخة أى نسخة الأصل: حُلف.

(٢) كذا فى "مظ"، وفى نسخة الأصل أى نسخة بغداد: حلفناه.

الردّ، وأثبته بالبينة، وهناك لا يمين على المودع، كذا ههنا.

القسم الثالث من هذا النوع:

١٧١١٨- المدعى إذا ادعّى الفعل إلا أنه لم يسمّ فاعله، بأن قال: هذا العين لى سرق منى، أو قال: أخذ منى، أو قال: غصب منى، وأقام صاحب اليد بينة على أن هذا العين وديعة فى يدى من جهة فلان، ففيما إذا قال: غصب منى، أخذ منى، تندفع الخصومة عن ذى اليد بلاخلاف؛ لأن دعوى الفعل على المجهول باطل، والتحق بالعدم، فيبقى هذا دعوى الملك المطلق، وفيما إذا قال: سرق منى، القياس أن تندفع الخصومة عن صاحب اليد إذا أقام البينة على ما ادعّى وهو قول محمد، وفى الاستحسان: لا تندفع وهو قول أبى حنيفة وأبى يوسف.

وجه القياس ما ذكرنا أن دعوى الفعل على المجهول باطل، فالتحق بالعدم، وصار كما لو قال: غصب منى أخذ منى، وللاستحسان وجهان: أحدهما: أن الغاصب له يد صحيحة، والسارق ليست له يد صحيحة، ألا ترى أن السارق من الغاصب يقطع؛ لأنه أزال يدًا صحيحة والسارق من السارق لا يقطع؛ لأنه ما زال يدًا صحيحة.

إذا ثبت هذا، فنقول: إذا ادعى المدعى الغصب، فقد أقر بيد صحيحة لغيره فيه، و ذو اليد ببينته أثبت أن ذلك اليد للغائب، وأن يده ليست بيد خصومة، بل هى يد حفظ على الغائب.

وإذا ادعى المدعى السرقة فما أقر بيد صحيحة للغير فى هذا العين ليقال بأنّ صاحب اليد ببينة أثبت أن تلك اليد للغائب، فإن يده ليست بيد خصومة، وقد توجهت الخصومة على ذى اليد بدعوى الفعل، فلذلك افترقا. هذا هو طريق العامة، وإنها[1] مشكل عندى.

الوجه الثانى: أن المدعى لمّا لم يُسمّ السارق، فهذا بمنزلة تعيّن صاحب اليد للسرقة، ولو عينه لذلك أليس أنه لا تندفع الخصومة عن ذى اليد؟ وإن أقام ذو اليد بينة على ما ادعى، فههنا كذلك.

---

(١) وفى الأصل: "إنه".

بيان هذا الكلام : أن المدعى لم يسمّ السارق احتمل أن السارق ذو اليد إلا أن المدعى أراد الستر عليه انتدابًا إلى ما ندب الشرع إليه ، ويحتمل أن السارق غيره إلا أنه ترجح احتمال كون ذو اليد سارقًا لوجهين : أحدهما : أن فى جعله سارقًا احتيال لدفع الحدّ؛ لأنا إذا جعلناه سارقًا لا تندفع الخصومة عنه ، ويقضى القاضى بالعين للمدعى ، ويسلّم العين إليه ، فإذا ظهر السارق بعد ذلك بيقين لا يقطع يده؛ لأنه إنما ظهر سرقته بعد وصول المسروق إلى المالك ، ولو لم نجعله سارقًا تندفع الخصومة عنه ، ولا يقضى بالعين للمدعى ، فمتى ظهر السارق بعد ذلك بيقين يقطع يده؛ لأنه ظهرت سرقته قبل أن يصل العين إلى المالك ، فكان فى جعله سارقًا احتيالا للدرء ، ونحن أمرنا به ، فكان تعيينه سارقًا أولى من غيره ، بخلاف ما إذا قال : أخذ منى ، غصب منى؛ لأن هناك ليس فى تعيين ذى اليد احتيالا لدرء الحد ، إذ لم يتعلق به عقوبة سوى الضمان ، أما فى السرقة ، فبخلافه على نحو ما بيّنا .

الوجه الثانى : أن فى تعيين ذى اليد سارقًا إيصال الحق إلى مستحقه ، بيانه : أن من عادة السارق أنه إذا سرق يتوارى ، ولا يخرج للخصومة خوفًا من القطع ، فلو لم يتعين صاحب اليد سارقًا تندفع الخصومة عنه ، والمدعى لا يجد السارق على ما عليه عادة السراق ، فلا يصل المدعى إلى حقه ، أمّا إذا عيناه سارقًا ، لا تندفع الخصومة عنه ، فيصل الحق إلى المدعى ، ونحن أمرنا بإيصال الحقوق إلى أربابها ، فكان تعيين ذى اليد سارقًا أولى بخلاف دعوى الغصب والأخذ؛ لأن هناك لو لم يتعين صاحب اليد غاصبًا وآخذًا لا يبطل حق ا لمدعى ، إذ ليس من عادة الغاصب والآخذ الاختفاء والتوارى ، بل من عادتهم الخروج للخصومة ، فيجد المدعى ، ويخاصم معه ، فلا يؤدى إلى إبطال حق المدعى لو لم يجعل صاحب اليد غاصبًا وآخذًا ، فلهذا افترق .

نوع آخر من هذا الفصل:

١٧١١٩- فرع على النوع من هذا الفصل : إذا ادعى المدعى أن هذا عبده ، وأقام عليه البينة ، وقال صاحب اليد : هو عبد فلان أودعنيه ، ولا بينة حتى لم تندفع الخصومة بمجرد قوله على ما مرّ ، ولو أن القاضى لم يقض للمدعى ببينته حتى حضر المقر له ،

وصدّق صاحب اليد فيما قال، ودفع العبد إلى المقر له، وقضى القاضى بالمدعى[1] بالعبد بتلك البينة على ما مرّ، كان هذا قضاء على صاحب اليد؛ لما ذكرنا، فإن أقام المقر له بينة على المدعى أنه عبده كان أودعه من صاحب اليد، قبلت بينته، ويقضى بالعبد له، وتبطل بينة المدعى، هكذا ذكر محمد رحمه الله فى "الجامع".

وحكى القاضى أبو الهيثم عن القضاة الثلاثة: أن ما ذكر من الجواب ليس بصحيح، والصحيح أنه يقضى بالعبد بين الذى حضر وبين المدعى نصفان، قال القاضى أبو الهيثم رحمه الله: بلغنا أن ابن سماعة كتب إلى محمد بن الحسن رحمه الله فى هذه المسألة، فكتب إليه محمد: أن الصحيح أنه يقضى بالعبد بينهما.

قال القاضى الإمام أبو الهيثم رحمه الله: والطعن فى هذه المسألة أقوى من الطعن فى تلك المسألة؛ لأن الوجه الذى ذكرنا فى فساد الطعن فى تلك المسألة لا يتصور ههنا؛ لأن فى هذه المسألة كل واحد منهما يدعى ملكًا منهيًا، فلا يمكننا أن نقول: هذا يدعى الملك من جهة صاحب اليد، وذلك يدعى الملك لا من جهة صاحب اليد، فهو أولى، ثم إذا أقام المقر له بينة على دعواه، وبطلت بينة المدعى، فالقاضى يقول للمدعى: أعد بينتك على الذى حضر، وإلا فلا حق لك.

فرق بين هذه المسألة، وبينما تقدم وهو ما إذا ادعى المدعى الشراء من صاحب اليد، فإن هناك وإن أقام الذى حضر بينة على ما ادعى لا يكلّف المدعى إعادة البينة، والفرق: أن ههنا المدعى لم يستحق القضاء بهذه البينة على البتات، بدليل أن ذا اليد لو أقام هذه البينة، يبطل به استحقاق المدعى، وإذا بطل استحقاقه يكلف إعادة البينة، بخلاف ما تقدم؛ لأن هناك المدعى قد استحق القضاء بهذه البينة قطعًا على كل حال، ألا ترى أن ذا اليد لو أقام البينة على أنه ملك المقر له، لا تندفع الخصومة عنه، ولا يبطل به استحقاقه، فكذا المقر له إذا أقام هذه البينة، يبطل استحقاق المدعى، فلهذا لا يكلف المدعى إعادة البينة ثانيًا.

ولو أن القاضى سمع من المدعى البينة على العبد الذى فى يديه، فلم يقض بشهادتهم حتى أقام المدعى فى يديه العبد بينة، أن فلانًا دفعه إليه، فإن القاضى لا يقضى

(١) هكذا فى الأصل وف وم، وكان فى ظ: "بالمدعى".

بشهادة شهود المدعى، وإن لم يقم الذى فى يديه العبد على ذلك حتى قضى القاضى بشهادة شهود المدعى، ثم أقام الذى فى يديه العبد بينة أن فلانًا دفعه إليه، فإن القاضى لا يلتفت إلى ذلك، وقضاءه ماضٍ.

فرق بينما قبل القضاء وبينما بعد القضاء، والفرق من وجوه: أحدها: أن صاحب اليد صار مقضيًا عليه بالملك واليد فى هذا العين بقضاء القاضى به للمدعى، ودعوى الخصم لاتقبل، وهذا المعنى لا يتأتى قبل القضاء.

الثانى: أن قبل القضاء إنما قبلت بينة صاحب اليد على ما ادعى؛ لأنه بهذه البينة يدفع الخصومة عن نفسه، وهذا المعنى لا يتأتى بعد القضاء؛ لأن الخصومة قد انتهت بقضاء القاضى بالعبد للمدعى، فلا يحتاج هو إلى دفع الخصومة عن نفسه.

الثالث: أن كونه مودعًا من جهة الغائب لا يبقى شراء المدعى منه، إذ يجوز أن يملك هو الوديعة من جهة صاحبها بوجه من الوجوه، ثم إن المدعى يشترى ذلك منه بعد ما يملك، فيكون خصمًا، فبعد القضاء لا ينقض القضاء بالشك، وقبل القضاء لا يجوز القضاء بالشك، ولو حضر المقر له، وأقام بينة على أن العبد له كان أودعه من صاحب اليد، وذلك بعد ما قضى القاضى للمدعى، قبلت بينته؛ لأنه لم يصر مقضيًا عليه؛ لأن القضاء للمدعى بالبينة الأولى وقع على صاحب اليد، لا على الذى حضر، فقبل بينة الذى حضر لهذا.

نوع آخر
فى مسائل الدفع فى دعوى البيع والشراء:

١٧١٢٠- فى "أدب القاضى": إذا ادعى على أنى اشتريت منك هذا العبد بكذا، والبائع يجحد البيع، فأقام المدعى بينة على الشراء، فقال البائع فى دفع دعواه: إنك قد رددت على هذا العبد بالعيب، وأقام على ذلك بينة، صحّ منه دعوى هذا الدفع، وسمعت بينته عليه، وإنما صحّ منه هذه الدعوى لأنه لو لم يصح إنما لم يصح لمكان التناقض؛ لأنه جحد البيع، وإنه تناقض دعوى الرد بالعيب، ولا تناقض؛ لأن جحود البائع فسخ للعقد فى حقه، فكأنه ادعى الفسخ، ثم أقام البينة عليه، فمن أين يتأتى

التناقض؟

١٧١٢١- اشترى داراً لابنه الصغير من نفسه، وأشهد على ذلك شهوداً، فَكَبُرَ الابن ولم يعلم بما صنع الأب، ثم إن الأب باع تلك الدار من رجل، وسلّمها إليه، ثم إن الابن استأجر الدار من المشترى، ثم علم بما صنع الأب، فادعى الدار على المشترى، وقال: كان أبى اشترى هذه الدار من نفسه لى فى صغرى، وإنها ملكى، وأقام على ذلك بينة، فقال المدعى عليه فى دفع دعوى المدعى: إنك متناقض فى هذه الدعوى؛ لأن استئجارك الدار منى إقرار أن الدار ليست لك، فدعواك بعد ذلك الدار لنفسك، يكون تناقضا، فهذه المسألة صارت واقعة الفتوى، وقد اختلفت أجوبة المفتيين فى هذا، والصحيح أن هذا لا يصلح دفعًا لدعوى المدعى، ودعوى المدعى صحيحة، وإن ثبت التناقض منه، إلا أن هذا تناقض فيما طريقه طريق الخفاء، فإن الأب يستبدّ بالشراء للصغير، وعسى لا يعلمه بعد البلوغ، فلا يعرف الابن كون الدار ملكًا له، فيظن صحة بيع الأب بعد ذلك، فيقدم على استئجار الدار من المشترى ظنّا منه أن الدار ملك المشترى، وفى الحقيقة الدار ملكه، ثم بعد ذلك يعلم ما صنع الأب، وكون الدار مملوكة له، فيدعيها، فهو معنى قولنا: إن هذا تناقض فيما طريقه طريق الخفاء [والتناقض فى مثله لا يمنع صحة الدعوى.

ألا ترى أن المرأة إذا اختلعت من زوجها على مال، ودفعت المال إليه، ثم إنها ادعت أن زوجها كان طلّقها ثلاثًا قبل الخلع، وأقامت على ذلك بينة قبلت بينتها، ولها أن تسترد بدل الخلع، وقد صارت متناقضة، فإن إقدامها على الخلع إقرار منها بقيام النكاح، فتصير بدعوى وقوع الثلاث قبل ذلك متناقضة، ولكن قبلت؛ لأنها تناقض فيما طريقه طريق الخفاء؛ لأن الزوج يستبد بإيقاع الثلاث، فلعل أوقع الثلاث، ولم تعلم المرأة بذلك، فأقدمت على الخلع ظنّا منها أن النكاح قائم، ثم علمت بعد الخلع بوقوع الثلاث سابقًا على الخلع، فادعت ذلك.

وكذلك إذا أعتق الرجل عبده على مال، ودفع العبد المال إلى المولى، ثم إن العبد ادعى بعد ذلك أن المولى كان أعتقه قبل ذلك، وأقام البينة عليه، قبلت بينته، وله أن يسترد بدل العتق، وقد صار متناقضاً مع هذا قبلت بينته؛ لأن هذا تناقض فيما طريقه

طريق الخفاء][1]؛ لأن المولى يستبد بإيقاع العتق على نحو ما بينا فى مسألة "الجامع"، كذا فى مسألتنا.

١٧١٢٢ - [وفى "فتاوى النسفى": سئل عمّن ادعى داراً فى يدى رجل أنها داره اشتراها من فلان، وصاحب اليد يدعى الشراء من فلان ذلك أيضًا، ولكن تاريخ الخارج سابق، وأقام البينة، فقال صاحب اليد فى دفع دعوى الخارج أن دعواه باطل من قبل أن شراءه بذلك التاريخ وقع باطلا؛ لأن الدار كانت رهنًا فى ذلك الوقت من جهة فلان الذى ادّعينا تلقى الملك من جهته فى يدى فلان، وفلان مرتهن حين بلغه شراء هذا الخارجى هذه الدار لم يرضَ به وأبطله، فلم يصح شراءه، وصح شراءى؛ لأن شراءى كان بعد ما فكّ فلان المرتهن، هل يكون هذا دفعًا؟ قال: لا؛ لأنه لا حق لذى اليد فى ذلك المرتهن، والمرتهن لم يدع ذلك، فكيف يصح دعوى الرهن، وهذا الجواب صحيح، وله علل، أحدها ما ذكرنا.

الثانية: أن بيع المرهون ينعقد بوصف الصحة فيما بين الراهن والمشترى، وليس للمرتهن حق الفسخ.

الثالثة: أنه لما أقر بفكاك الرهن، فقد أقر بنفاذ البيع السابق؛ لأن البيع كان منعقداً بوصف الصحة فيما بين الراهن والمشترى، لكن امتنع النفاذ فى حق المرتهن لحقه، فإذا بطل الرهن نفذ ذلك البيع فى حق الناس كافة][2].

١٧١٢٣ - وفى "مجموع النوازل": رجل ادعى على آخر أنه اشترى منى جارية صفتها كذا بكذا درهمًا، وقبضها واستهلكها، ووجب عليه أداء هذا الثمن إلىّ، وهو قد أقر بذلك، وشهد الشهود على المدعى عليه بذلك بعد إنكاره، فقال المدعى عليه فى دفع دعواه: أنه مبطل فى دعوى الاستهلاك؛ لأن الجارية قائمة، وهى فى بلد كذا فى يد فلان، وأقام شهوداً شهدوا أنا رأيناها حية قائمة فى بلد كذا، هل يصير ذلك دفعًا لدعوى المدعى، قال: لا، وطول الكلام فى بيان العلة، ولم يتضح لنا وجهها.

الوجه فى ذلك أن الاستهلاك أمر زائد فى مطالبة البائع المشترى بالثمن، ومجرد

---

(١) ما بين المعقوفتين ساقط من الأصل، أثبتناه من "مظ".

(٢) ما بين المعقوفتين ساقط من الأصل، أثبتناه من "مظ".

القبض يكفى، أكثر ما فيه أن دعوى الاستهلاك قد بطل بقى دعوى القبض، وإنه كافٍ في المطالبة بالثمن.

١٧١٢٤- ادعى دارًا في يدى رجل شراء من رجل آخر بشرائطه، فقال المدعى عليه في دفع دعوى المدعى: إنى كنت اشتريتُ هذه الدار من هذا المدعى، فقال المدعى في دفع دعوى المدعى عليه: قد كنا أقلنا البيع الذى جرى بينى، وبين هذا المدعى عليه، فهذا دفع صحيح، وكذلك لو كان المدعى من الابتداء ادعى الدار على صاحب اليد ملكًا مطلقًا، وقال المدعى عليه في دفع دعواه: أنى كنت اشتريت هذه الدار من هذا المدعى، فقال المدعى في دفع دعوى المدعى عليه: قد كنّا أقلنا البيع الذى جرى بينه، وبين هذا المدعى عليه، كان هذا دفعًا صحيحًا.

وكذلك إذا قال المدعى في دفع دعوى المدعى عليه: إنك قد أقررت أنك ما اشتريتها منى، كان هذا دفعًا صحيحًا.

نوع آخر
في الدفع في دعوى الميراث:

١٧١٢٥- رجل ادّعى دارًا في يدى رجل، أنها كانت لأبيه فلان، مات وتركها ميراثًا له، وأنّ أبى مات، وهذه الدار في يديه، وأقام على ذلك بينة، وأقام ذو اليد بينة في دفع دعوى المدعى أن أبا هذا المدعى أقر في حال حياته أن هذه الدار ليست له، فهذا يبطل شهادة شهود المدعى، هكذا ذكر محمد رحمه الله في آخر "الجامع الكبير"، وهذا لأن حاجة الوارث إلى إثبات الملك لمورثه في الدار عند موته حتى يخلفه فيها إرثًا، وقد ثبتت بينة المدعى عليه إقرار المورث أن الدار ليست له، وإقرار المورث بهذه الصفة يمنع المورث عن دعوى الملك لنفسه بنفسه بعد ذلك، فيمنع الوارث عن دعوى الملك المطلق لمورثه عند موته.

وكذلك لو شهد شهود المدعى عليه أن الوارث أقر قبل موت المورث أو بعد موته، أنها لم تكن لأبيه، كان ذلك دفعًا لبينة الوارث؛ لما ذكرنا أن حاجة الوارث إلى إثبات الملك للمورث عند موته، وكان مدعيًا أنها كانت لأبيه يوم الموت، وقد ثبت بينة المدعى

عليه إقرار الوارث أنها لم تكن لأبيه، فجاء التناقض.

وكذلك لو شهد شهود المدعى عليه على إقرار الوارث، أن أباه مات، والدار ليست له، كان ذلك دفعًا لبينة الوارث، وأما إذا قال شهود المدعى عليه: إن الوارث قال: مات أبى والدار ليست له؛ لأنه وهبها لى فى حياته وصحته، أو باعها منى فى حياته وصحته، لم يكن ذلك دفعًا لبينة المدعى؛ لأن الثابت بالبينة العادلة كالثابت عيانًا.

ولو عاينا إقرار الوارث، أن أباه مات وهذه الدار ليست له؛ لأنه وهبها لى، أو باعها منى فى حال حياته وصحته، ثم ادعى الميراث من الأب بعد ذلك، تسمع دعوى الميراث منه؛ لأن التوفيق بين الكلامين ممكن؛ لأنه يمكنه أن يقول: جحد فى الهبة والبيع، وعجزت عن إثباته بالبينة، فبقى الدار على ملك الأب ظاهرًا، وصار ميراثًا لى عنه ظاهرًا، وقد مرّ جنس هذا فى كتاب الشهادات.

توضيح[١] ما ذكرنا: أن الكلام يتم بآخره، وإذا وصل بقوله: مات أبى والدار ليست له قوله؛ لأنه باعها منى علمنا أنه لم يرد بأول الكلام نفى ملك الأب من الأصل، فيمكنه دعوى الميراث بعد ذلك، بخلاف ما إذا قال: ليس لأبى، وسكت؛ لأن ظاهر هذا الكلام يوجب نفى الملك للأب فيه من الأصل، فلا يمكنه دعوى الميراث بعد ذلك.

١٧١٢٦- دار فى يدى رجل، جاء رجل، وادّعى أن أباه مات، وترك هذه الدار ميراثًا له، وأقام بينة، وشهدوا أن أباه مات، وهذه الدار فى يديه، فأخذ هذا الرجل هذه الدار من تركته بعد وفاته، أو شهدوا أن هذا الرجل أخذ هذه الدار من أب هذا المدعى حال حياته، وأقام ذو اليد البينة أن الوارث أو أبوه أقر أن الدار ليست له، فالقاضى يقضى بدفع الدار إلى الوارث؛ لأن ما أثبته ذواليد بالبينة من إقرار الوارث أو المورث أن الدار ليست له لو كان معاينًا للقاضى، فذلك لا يمنعه من إثبات الأخذ بطريق الغصب من يده على ذى اليد بالبينة، فكذا إذا أثبت ذلك ببينة ذى اليد، والمعنى فى ذلك أن الجمع بين الكلامين ممكن، بأن يقول الوارث: قد أقررت أن الدار ليست لأبى، وإنما هى لغيره إلا أن ذا اليد غصبها من أبى، فلزمه الرد بعد وفاة أبى على كما كان[٢] يلزمه الرد

(١) هكذا فى الأصل وف وم، وكان فى ظ: "يوضح".

(٢) وفى م: "أن يلزمه".

على أبى حال حياته ؛ لأنى قائم مقام أبى فى حياته، فصار استحقاق هذه الدار ميراثًا لى، فإذا أمكنه الجمع بينهما لم يكن بينة ذى اليد مبطلة بينة المدعى.

١٧١٢٧- ادعت المرأة على ورثة زوجها المهر والميراث، فقالت الورثة فى دفع دعواها الميراث : إن أبانا قد حرّمها على نفسه قبل موته بسنتين، قالت : هى فى دفع دعواهم : إن الزوج أقر فى مرض الموت أنى حلال عليه، فهذا دفع صحيح.

١٧١٢٨- ادعى دارًا فى يدى رجل ميراثًا عن أبيه، وأقام المدعى عليه بينة أنه اشترى هذه الدار من هذا المدعى، فقال المدعى فى دفع دعوى المدعى عليه : قد كنّا أقلنا البيع الذى كان بيننا، فهذا دفع لدعوى المدعى عليه.

١٧١٢٩- مات الرجل وترك أولادًا صغارًا وكبارًا، فكبر الصغارُ وادعوا دارًا فى يدى رجل ميراثًا عن أبيهم، فادعى المدعى عليه فى دفع دعواه أنى اشتريت حصة الكبار منهم، وحصة الصغار من وصيهم من جهة أبيهم، أو من جهة القاضى بثمن مثله، أو بغبن يسير عند حاجة الصغار، فهذا دفع صحيح.

١٧١٣٠- لو أقام عليه البينة يندفع دعواهم، ولو كان مكان الدار عرضًا، لا يشترط ذكر الحاجة، فالوصى يملك بيع عروض الصغير من غير حاجة، ولا يملك بيع عقاره إلا بحاجة.

١٧١٣١- رجل مات عن أولاد، فادعت امرأة ميراثًا، وقالت : كنتُ منكوحة له، وأنكرت الورثة دعواها، وأقامت البينة على النكاح، فقال الورثة فى دفع دعواها : إن أبانا قد كان طلّقها ثلاثًا، وانقضت عدتها قبل موته، هل يكون هذا دفعًا لدعواها؟ ينظر، إن أنكروا نكاحها أصلا، بأن قالوا : لم يكن أبونا تزوجها، أو قالوا : ما كانت هى زوجة لأبينا قط، لايكون هذا دفعا لدعواها، وإن لم ينكروا نكاحها أصلا، إنما أنكروا ميراثها، فقالوا : ليس لها ميراث الزوجات، أو قالوا : ليس لها ميراث بالزوجية، أو قالوا : لم تكن هى زوجة له عند الموت، فهذا دفع لدعواها.

١٧١٣٢- ادّعى على غيره أنه كان لأبى عليك كذا وكذا من المال، وأنه قد مات قبل استيفاء شىء من ذلك، وصار جميع ذلك ميراثًا لى لما أنى وارثه، لا وارث له غيرى، فقال المدعى عليه : الدين الذى تدّعيه قد كان لأبيك علىّ بحكم الكفالة عن

فلان، وفلان ذلك قد أدى جميع ذلك إلى أبيك فى حال حياته، وقد صدّقه مدّعى الدين أن الدين كان بحكم الكفالة عن فلان إلا أنه أنكر أداء فلان ذلك إليه، فأقام المدعى عليه بينة على دعواه، فهذا دفع صحيح لدعوى المدعى.

وكذلك لو قال المدعى عليه فى هذه الصورة: أخرجنى أبوك عن الكفالة فى حياته، أو قال: أخرجتنى عن الكفالة بعد موت أبيك، وأقام بينة على ما ادعى، تندفع دعوى المدعى.

١٧١٣٣- ادعى على غيره أنه كان لأبى عليك كذا وكذا، مات أبى قبل أن يقبض شيئًا من ذلك، وصار جميع ذلك ميراثًا لى من جهة أبى؛ لما أنه لا وارث لأبى غيرى، فقال المدعى عليه فى دفع دعواه: إن أباك قد أحال فلانًا بما كان له علىّ، وقد قبلت الحوالة، ودفعت جميع ذلك إلى المحتال له، وصدّقه المحتال له فى ذلك كله، لا تندفع[1] الخصومة عن المدعى ما لم يقم البينة على الحوالة، وإذا أقام البينة على الحوالة تندفع دعوى المدعى عنه وخصومته؛ لأن بإقامة البينة على الحوالة ثبت كون المحتال له وكيلا من جهة الميت بالقبض، وقد أقر بالقبض معاينة، والوكيل بالقبض، إذا أقر بالقبض يصح إقراره على الموكل، ويبرأ الغريم عن الدين.

١٧١٣٤- امرأة ماتت، وتركت إخوة وأموالا فى أيديهم، جاء رجل وادعى أن المرأة كانت امرأته، وفى نكاحه إلى يوم موتها، وطلب ميراثها، فقالت الإخوة فى دفع دعواه: إنك قلت قبل هذا بالفارسية: اگر اين مرده زن من بودى من ميراث بودى ازوى، وأثبتوا ذلك بالبينة، هل يكون هذا دفعًا لدعوى الزوج، فقد قيل: بكون دفعًا، وقوله: اگر زن من بودى، إقرار منه، آنها زن وى نه بوده است[2]، وقيل: إنه ليس يدفع وقوله: اگر زن من بودى ازوى، ليس إقرارًا آنها زن وى نبوده است، كقول الرجل: إن كان فلان فى الدار لذهبت إليه، لايكون إقرارًا أن فلانًا ليس فى الدار لا محالة على أن ما ذكرتم مفهوم كلامه وظاهر المذهب عندنا أن المفهوم ليس بحجة، وإن ذكر محمد رحمه الله فى السير أنه حجة، ولكن ما ذكر فى السير خلاف ظاهر المذهب.

---

(١) هكذا فى الأصل وف وم، وكان فى ظ: "لأنه تندفع".

(٢) هكذا فى "مظ"، وفى الأصل: فى بوده است.

ولو قالوا فى دفع دعواه : إنك قلت : إنها كانت امرأتى إلا أنى طلقتها، فهذا ليس بدفع، هكذا[١] قيل : لأن الزوج ببينته أثبت نكاحها يوم الموت، وتطليقه إياها لا يُنافى نكاحها يوم موتها لجواز أنه طلقها، ثم تزوجها، ثم ماتت، وعلى قياس مسألة السير التى ذكرناها فى كتاب النكاح : هذا دفع صحيح .

١٧١٣٥- ادعى رجل داراً فى يد امرأة أبيه أنها تركة أبيه، وقالت المرأة : هذه الدار تركة أبيك، إلا أن القاضى باعها منى بمهرى، وأنت صغيرٌ، كان ذلك دفعًا لدعوى المدعى، وهو الابن، لو أثبتت ذلك بالبينة؛ لأن للقاضى ولاية بيع التركة بالدين إذا كان الوارث صغيرا، ولم يكن للميت .

١٧١٣٦- وصى رجل مات وترك ابنين صغيرين ولكل ابن قيم[٢] على حدة، وفى يد أحد القيمين دار يزعم أنها دار الصغير الذى فى ولايته، ادعى عليه قيم الصغير الآخر أن الدار التى فى يديك نصفها ملك الصغير الذى أنا قيّمه بسبب أن هذه الدار كلها كانت ملكًا لوالد الصغيرين مات وتركها ميراثًا للصغيرين، فادفع إلىّ نصفها لأقبضها لأجل الصغير الذى أنا قيّمه، فأقام القيّم المدعى عليه بينة أن والد الصغيرين قدأقر فى حال حياته أن كل هذه الدار ملك الصغير الذى فى ولايتى تندفع عنه دعوى القيم المدعى، فإن أقام القيّم المدعى بينة لدفع دعوى القيّم المدعى عليه، وقال : إنّك ادعيت قبل هذا نصف هذه الدار لأجل الصغير الذى فى ولايتك إرثًا عن أبيه، والآن تدّعى كلها للصغير الذى فى ولايتك بجهة أخرى اندفع دعوى القيم المدعى عليه، لمكان التناقض .

١٧١٣٧- سئل نجم الدين النسفى عمّن ادعى ميراث ميّت بعصوبة بنوّة العمّ، فأقام البينة على النسب بذكر الأسامى إلى الجدّ، فأقام منكر هذا النسب والميراث بينة أن جد الميت فلان، وهو غير ما أثبت المدعى، هل تندفع بهذا دعوى المدعى وبينته؟ قال : إن وقع القضاء ببينة المدعى، فالقضاء ماضٍ، ولا تبطل بينة المدعى بهذا، ولا تندفع دعواه، وإن لم يقع القضاء ببينة المدعى، فالقاضى لا يقضى بإحدى البينتين لمكان

---

(١) وفى الأصل : "ثمة" .

(٢) وفى الأصل : "وصى" .

التعارض، قال رحمه الله : وهو نظير مسألة طلاق المرأة يوم النحر بكوفة من هذه السنة[١] وعتاق العبد يوم النحر بمكة من هذه السنة .

١٧١٣٨- وفى "مجموع النوازل" : رجل قدم سمرقند من تركستان، فادعى كرمًا فى يدى رجل ميراثًا عن جدّه أبى أمه، وقال : أنا محمد وأمى حرّة وأب أمى محمد بن الحارث بن شارخ، وهذا الكرم الذى فى يد هذا المدعى عليه من تركة محمد بن الحارث هذا، وأنا وارثه، لا وارث له غيرى، فعليه تسليم هذا الكرم إلىّ، فقال المدعى عليه فى دفع دعوى المدعى : هذا المدعى مبطل فى دعواه هذه من قبل أنه حين قدم من تركستان زعم أنه ابن عائشة، وعائشة بنت على بن الحسين ابن فلان، وهذا الكرم من تركة على بن الحسين، ثم غيّر اسم الأم واسم الجدّ، فجعل اسم الأمّ حرة، وجعل اسم الجد محمد بن الحارث، وأقام المدعى عليه بينة عى دعواه، فأجاب شيخ الإسلام عطاء بن حمزة السعدى : أن هذا دفع لدعوى المدعى .

قال محمد رحمه الله : وهو نظير ما لو ادعى عينًا فى يدى رجل ميراثًا عن أبيه، ثم ادعى ذلك العين بعد ذلك ميراثًا عن أمه، وكان القاضى الإمام الأجل شمس الإسلام محمود الأوزجندى يفتى فى جنس هذه المسائل : أنه لا تندفع دعوى المدعى، ولا تقبل بينة المدعى عليه على ما ادعاه، وتابعه فى ذلك بعض مشايخ زمانه، وبه كان يفتى الإمام ظهير الدين المرغينانى، وهو الصواب عندنا .

وعلى هذا إذا ادعى رجل على رجل أنه كان لأبى على بن أبى القاسم بن محمد : عليك كذا وكذا من المال، وأن أبى مات قبل استيفاء شيء من ذلك، وصار ما كان له عليك ميراثًا لى، وقال المدعى عليه : إنه مبطل فى هذه الدعوى؛ لأنه زعم أن والد القاسم محمد، ووالد القاسم أحمد، لا يكون هذا دفعًا لدعوى المدعى على ما هو اختيار شمس الإسلام، وبعض مشايخ زمانه، ولا تقبل بينة المدعى عليه على ذلك، والمسألة كانت واقعة الفتوى، وهذا لأن بينة المدعى عليه لو قبلت فى هذه الصورة، أما أن تقبل على إثبات اسم جد المدعى، ولا وجه إليه؛ لأنه ليس بخصم فى ذلك، وإما أن يقبل لنفى ما ادعاه المدعى من الميراث، ولا وجه إليه أيضًا؛ لأن البينة على النفى غير

---

(١) هكذا فى ظ وف، وكان فى الأصل وم : "البينة".

مقبولة .

وهو نظير ما لو ادعى رجل على رجل أنه أقرضه ألف درهم فى يوم كذا فى مكان كذا، وأقام المدعى عليه بينة أنه فى ذلك اليوم كان فى مكان كذا، سمّى مكانًا آخر، لا تقبل بينة المدعى عليه ؛ لأنها فى الحقيقة قامت على النفى، كذا هنا .

١٧١٣٩ - إذا ادعى دارًا فى يدى رجل ميراثًا عن أبيه، فقال المدعى عليه فى دفع المدعى : اشتريت هذه الدار من أبيك فى حال صغرك بإطلاق القاضى، هذا دفع صحيح إذا ثبت أن البيع لحاجة الصغير، أو لقضاء دين الميت، وقد مرّ جنس هذا .

١٧١٤٠ - فى "فتاوى الفضلى" : ادعى على أخيه شركة فيما[1] فى يديه بحق الميراث عن أبيه، فأنكر المدعى عليه دعواه، وقال : لم يكن لأبى فى هذه الدار حق، ثم ادعى المدعى عليه أنه كان اشترى هذه الدار من أبيه، أو ادعى أن أباه قد أقر له بها، فدعواه صحيحة، وبينته مسموعة ؛ لأن الجمع بين الكلامين ممكن ؛ لأنه يمكنه أن يقول : لم يكن لأبى بعد ما اشتريتها منه، ولو قال : لم يكن لأبى قط، أو قال : لم يكن لأبى فيها حق قط، لا تسمع دعواه الشراء من أبيه ؛ لأنه فيه متناقض، وتسمع دعوى إقرار أبيه له ؛ لأنه لا تناقض فيه .

إذا قال المدعى فى دعوى الميراث : لا وارث له غيرى، فقال المدعى عليه فى دفع دعواه : إن لك أخًا وأختًا، وقد قلت لا وارث له غيرى، حكى فتوى القاضى الإمام شمس الإسلام الأوزجندى رحمه الله : أن المدعى لو أقر بذلك، تبطل الدعوى والشهادة جميعًا، أمّا لو أراد المدعى عليه إثباته بالبينة، لا تسمع بينته، وفى كتاب الجنايات : أنه يسمع بينته .

١٧١٤١ - ادعى رجل ضيعة فى يدى رجل أنها كانت لفلان مات، وتركها ميراثًا لفلانة لا وارث له غيرها، ثم إن فلانة ماتت، وتركها ميراثًا لى، لا وارث لها غيرى، وقضى القاضى له بالضيعة، فقال المقضى عليه بالضيعة بطريق الدفع لدعوى المدعى : إن فلانة التى تدّعى أنت الإرث عنها لنفسك ماتت قبل موت فلان الذى تدعى الإرث عنه لفلانة، فقد قيل : هذا دفع صحيح، وقد قيل : إنه غيرصحيح ؛ لأن زمان الموت، لا

---

(١) وفى م : "فى دار" .

يدخل تحت القضاء، فلا يثبت بينة المدعى عليه موت فلانة قبل موت فلان.

١٧١٤٢- سئل عن رجل ادعى محدوداً في يدى رجل ميراثاً عن أبيه له ولأخيه الغائب فلان، فقال المدعى عليه في دفع دعوى المدعى أن مورثك فلان قد أقر في حياته أن هذه المحدود ملكى، فقد قيل هذا دفع، وقد قيل: إن قال: إن مورثك فلان أقر أن هذا ملكى، وأنا صدّقته فيه، فهذا دفع، وإن لم يقل: وأنا صدقته، فهذا ليس بدفع، وإن حضر الأخ الغائب، وادعى في دفع دعوى المدعى عليه الدفع على أخيه، وقال: إن المدعى عليه أقر بعد موت أبينا أن هذا المحدود تركة أيضًا، فهذا دفع لدعوى المدعى عليه.

ولو كان المدعى عليه من الابتداء لم يدّع إقرار المورث يكون المحدود ملكًا له، إنما ادعى إقرار الوارث المدعى يكون المحدود ملكًا للمدعى عليه، فالجواب فيه على الخلاف أيضًا، على قول بعض المشايخ: هذا دفع، وعلى قوله بعضهم يجب أن تكون المسألة على التفصيل، إن قال: إنك أقررت بكون المحدود ملكى، وأنا صدقتك، يصح الدفع، وإن لم يقل: وأنا صدّقتك لم يصح، وإن حضر الأخ الغائب، وادعى في دفع دعوى المدعى عليه، وقال: إن المدعى عليه قد أقر بعد موت أبينا أن هذا المحدود تركة أبينا، لا يسمع منه هذا الدفع؛ لأن ما تعلق بالمورث يتعلق بجميع الورثة، أمّا ما يتعلق ببعض الورثة يقتصر عليه، فلا ينتصب خصمًا في هذا الدعوى.

نوع آخر
في دفع مسائل الإكراه:

١٧١٤٣- إذا ادعى الإكراه على البيع والتسليم، فقال المشترى في دفع دعواه: إنك أخذت الثمن منى طائعًا، فهذا دفع صحيح؛ لأن قبض الثمن طائعًا إجازة لذلك البيع، وهذا لأن البيع إنما يأخذ الثمن من المشترى ليسلم الثمن له، ولا يسلم الثمن للبائع إلا بإجازة البيع، فكان أخذ الثمن من البائع إجازة البيع من هذا الوجه.

وكذلك إذا ادعى الإكراه على الهبة، فقال الموهوب له في دفع دعواه أنك أخذت عوض هبتك منى طائعًا، فهذا دفع صحيح؛ لأن أخذ العوض طائعًا إجازة منه للهبة.

١٧١٤٤- وفى "مجموع النوازل" : سئل شيخ الإسلام عطاء بن حمزة السعدى رحمه الله عن رجل أثبت على رجل بالبينة أنه أقر له بكذا طائعًا، وأقام المدعى عليه فى دفع ذلك بينة أن إقراره ذلك كان بإكراه، هل يكون دفعًا لبينة المدعى؟ فقال: نعم، وبينة الإكراه أولى بالقبول؛ لأنه بينة الإكراه تثبت خلاف الظاهر، قيل له: إن البينة على الإثبات أولى من البينة على النفى، وبينة الطوع مثبتة للدين، وبينة الإكراه نافية للدين، قال: وإن كان كذلك إلا أن التى تثبت الزيادة من حيث الظاهر هى الأولى، وإن كان فى المعنى بخلافه.

وعلى هذا مسائل أصحابنا فى المزارعة، فقد ذكر محمد فى المزارعة مسائل، اعتبر فيها إثبات الزيادة صورة، وإن كان فيها إفساد العقد معنى، فمن جملتها: إذا ادعى أحد المتعاقدين أنه شرط له النصف وزيادة قفيز، وادعى الآخر أنه شرط له النصف، وأقاما على ذلك بينة، فالبينة بينة مدعى الزيادة، ويثبت به فساد المزارعة، واعتبر إثبات الزيادة من حيث الصورة، كذا ههنا.

١٧١٤٥- رجل ادعى ضيعة فى يدى رجل، فقال: إنك اشتريتها منى وكنت مكرهًا على البيع والتسليم، وأقام على ذلك بينة، وأراد استرداد الضيعة، فقال المدعى عليه: كان الأمر كما قلت، إلا أن بعد ما زال الإكراه بعت هذا العين منى بكذا عن طوع ورضاء، وأقام على ذلك بينة، فالقاضى يقضى ببينة المدعى عليه، وتندفع دعوى المدعى حتى لا يكون للبائع حق الاسترداد؛ لأن بينة المدعى عليه تثبت أن المشترى اشترى شراءً فاسدًا وشراءً صحيحًا، والمشترى شراءً فاسدًا إذا اشتراه المشترى شراءً صحيحًا ينفسخ الشراء الفاسد، ويبطل حق البائع فى الاسترداد، كذا ههنا.

١٧١٤٦- [رجل ادّعى ضيعة فى يدى رجل أنها ملكه اشتراها من الذى فى يديه بكذا، أو قال المدعى فى آخر دعواه، وهكذا إقرار[1] الذى فى يديه بشراءى إياها منه، فقال المدعى عليه فى دفع دعواه: إنى كنتُ مكرهًا فى الإقرار بالبيع، فقد قيل: بأن هذا لا يكون دفعًا، وبه كان يفتى الشيخ الإمام ظهير الدين المرغينانى رحمه الله، وكان يقول: يحتمل أنه كان طائعًا فى البيع، ومكرهًا فى الإقرار بالبيع، والإقرار بالبيع مكرهًا

---

(١) هكذا فى ف وم، وكان فى ظ: "أقر".

لا يوجب خللا فى البيع حتى لو أقام البينة على كونه مكرهًا فى الإقرار والبيع جميعًا، كان الدفع صحيحًا][1].

نوع آخر فى دعوى الدين:

١٧١٤٧- إذا قال المدعى عليه فى دعوى الدين: أنا أجيء بالدفع، فقال له القاضى: الدفع يكون بالإبراء أو بالإيفاء، فأيهما يدعى؟ قال: كلاهما، هل يكون هذا تناقضًا؟

حُكى عن الشيخ الإمام نجم الدين النسفى أنه قال: لا يكون تناقضًا إذا وفق، ولم يبيّن وجه التوفيق، ووجه التوفيق أن يقول: أوفيت بعضه، وأبرأنى عن بعضه، أو يقول: أوفيت الكل فجحدنى فتشفعت إليه، فأبرأنى، أو يقول: أبرأنى، ثم جحد الإبراء فأوفيت، وقيل: لا يكون متناقضًا، ولا يبطل دعواه، وإن لم يوفق؛ لأن مع إمكان التوفيق لا يتحقق التناقض، فيحمل عليه صيانة للدعوى[2] عن البطلان، وهذا القول يشير إلى أن إمكان التوفيق يكفى.

١٧١٤٨- [ادعى على غيره دينًا[2]، فأنكر المدعى عليه ذلك، فأقام المدعى بينة على المدعى عليه أنك استمهلتنى هذا المال منذ عشرة أيام، وذلك إقرار منك بهذا المال عليك، وقال المدعى عليه فى دفع دعواه: إنك أبرأتنى عن هذا المال منذ عشرين يومًا، وأقام على ذلك بينة، فهذا لايكون دفعًا؛ لأن بينة المدعى تثبت إقرار المدعى عليه بالمال منذ عشرة أيام، وهذا يمنع دعواه الإبراء قبل ذلك؛ لأن الاستمهال من المدعى عليه قبل قضاء القاضى عليه بالمال إقرار بالمال، والاستمهال بعد قضاء القاضى عليه بالمال كذلك عند بعض المشايخ، وعند بعضهم لا يكون إقراراً، حتى إن بعد ما قضى القاضى على المدعى عليه بالمال لو استمهل من المدعى، ثم ادعى بعد ذلك دفعًا، يسمع دعواه عند

---

(١) ما بين المعقوفتين ساقط من الأصل، إنما وجدناه فى "مظ".

(٢) هكذا فى ظ، وكان فى ف وم: "عن الدعوى عن البطلان"، وكان فى الأصل: "صيانة الدعوى".

(٢) أو فى الأصل: "مالا".

بعض المشايخ .

١٧١٤٩- رجل ادعى على آخر عشرة دراهم دين ، أو عشرة دنانير دين ، فقال المدعى عليه فى دفع دعواه : تُو إقرار كرده كه مرا جز دو دينار خواستى نيست جز دو درم خواستى نيست ، فهذا ليس بدفع ؛ لأن المطالبة ليست من لوازم الدين حتى يكون من ضرورة أن لا مطالبة له بما سوى الدرهمين ، أو الدينارين إقراره أن لا دين عليه سوى الدرهمين أو الدينارين ، ألا ترى أن الدين المؤجل دين على الحقيقة ، ولا مطالبة به فى الحال .

فإن قيل : هذا المعنى لا يكاد يصح فى هذه الصورة ؛ لأن الدعوى وقع فى الدين ، والتأجيل فى الديون لا يصح ، قلنا : التأجيل فى الديون الواجبة بالقرض ، أو الاستقراض لايصح ، أما التأجيل فى الديون بسبب البيع ، وما هو فى معنى البيع صحيح ، وموضوع مسألتنا أن المدعى ادعى الدين ، أما لم يدع البيع ولا القرض والدين الواجب بسبب البيع يحتمل التأجيل ، فيجوز انتفاء المطالبة بسبب التأجيل مع لزومه ووجوبه ، والدين الواجب بسبب القرض إن كان لا يتصور انتفاء المطالبة بسبب التأجيل يتصور بسبب آخر ، بأن كان مثلا لعبد الله على محمد دَينٌ ، ولمحمد على إبراهيم مثل ذلك ، فأحال محمد عبد الله على إبراهيم ليقضى إبراهيم دين عبد الله بما لمحمد عليه ، فدين محمد عن إبراهيم لا يسقط بهذه الحوالة ، ألا ترى أن عبد الله لو أبرأ محمداً عن دينه كان لمحمد أن يرجع على إبراهيم بدينه .

وكذلك لو أن محمداً قضى دين عبد الله ، كان لمحمد أن يرجع على إبراهيم بدينه ، فعلم أن دين محمد لا يسقط عن إبراهيم بمجرد حوالة محمد بن عبد الله على إبراهيم مع هذا ليس لمحمد حق مطالبة إبراهيم فى الحال بدينه ، لصيرورة دينه مشغولا بحق عبد الله بحكم الحوالة ، فيجوز انتفاء المطالبة عن دين القرض مع وجوبه ولزومه بهذا الطريق إن كان لا يتصور انتفاء المطالبة عنه بسبب التأجيل][1] .

١٧١٥٠- ادّعى على غيره مالا ، فأقر المدعى عليه بذلك ، إلا أنه بيّن سببًا لا يصح سببًا للوجوب ، بأن قال له : عليّ ألف درهم بسبب القمار ، أو قال : لأنى

---

(١) ما بين المعقوفتين ساقط من الأصل ، وأثبتناه من " مظ " .

اشتريت منه الميتة، وكذّبه المدعى فى ذلك السبب، فإن أقام المدعى عليه على ذلك بينة تندفع عنه دعوى المدعى، وإن لم يكن للمدعى عليه بينة على ذلك، ذكر الخصاف فى أدب القاضى أنه يحلف المدعى عليه، ويكون القول قوله مع اليمين؛ لأن قوله: له علىّ ألف درهم لأنى اشتريت منه الميتة، أو لأنى قامرت عليه جحود للمال أصلا، فيكون القول قوله مع يمينه.

قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلوانى ما ذكر الخصاف: إن القول قول المدعى عليه مع اليمين قولهما، أما على قول أبى حنيفة: المال لازم عليه بإقراره، ولا يصدّق فى قوله: ثمن ميتة أو مال قامرنى به.

قال رحمه الله: أورد محمد هذه المسألة فى كتاب الإقرار على سبيل الاستشهاد، فذكر فيها الخلاف على نحو ما بينّا، وكأنه ذهب إليه الخصاف، أو يكون عن أبى حنيفة رحمه الله فى المسألة روايتان، وإن قال المدعى عليه: له علىّ ألف درهم من ثمن خمر، وأقام على ذلك بينة، لا يندفع عنه دعوى المدعى عند أبى حنيفة؛ لأن المسلم قد يجب عليه ثمن خمر عنده، بأن يوكل ذميا بشراءها، وعندهما يندفع عنه دعوى المدعى؛ لأن عندهما لا يجب ثمن الخمر على المسلم بحال، وإن لم يكن للمدعى عليه بينة على ذلك، فعلى قول أبى حنيفة المال لازم على المدعى عليه، وعندهما القول قوله مع يمينه، ولا يلزمه.

١٧١٥١ - [ادعى على غيره كذا دينًا من الدراهم، فادعى المدعى عليه الإيفاء، وجاء بشهود شهدوا أن المدعى عليه دفع إليه هذا المال كذا كذا من الدراهم، ولكن لا ندرى بأى جهة دفع، هل يقبل القاضى هذه الشهادة؟ وهل يندفع بها دعوى المدعى؟ حُكى عن شيخ الإسلام السغدى: أنه قال: لا تقبل هذه الشهادة، ولا تندفع بها دعوى المدعى، وعن بعض مشايخنا: أنه يقبل وتندفع به دعوى المدعى، وهو الأشبه، والأقرب إلى الصواب[1].

١٧١٥٢ - ادّعى على رجل ستة دنانير، فقال المدعى عليه فى دفع المدعى: إنه أبرأنى عن هذه الدعوى، فأقام على ذلك بينة، فادعى المدعى ثانيًا أن المدعى عليه قد

(١) هكذا فى م، وكان فى ف وظ: "القول".

كان أقر لى بستة دنانير بعد إبراءى إياه، هل يصح دفع الدفع؟ فقد قيل: إن قال المدعى عليه: أبرأنى عن هذه الدعوى، وقبلت الإبراء، أو قال: صدقتك فى ذلك، لا يصح منه دفع الدفع، يعنى دعوى الإقرار ثانيًا، وإن لم يقل: قبلت الإبراء ولا قال: صدقتك فى ذلك، يصح عنه دفع الدفع، يعنى دعوى الإقرار ثانيًا؛ لأن الإبراء يرتدّ بالرد، وإذا لم يذكر القبول ولا التصديق، يحتمل الرد، فيصح دعوى الإقرار ثانيًا، وقيل: لا يصح دعوى الإقرار ثانيًا؛ لأن بينة المدعى عليه تثبت إبراء المدعى إياه عن هذه الدعوى، وارتفع السبب الذى وجب به الدين على المدعى عليه، فدعوى المدعى إقرار المدعى عليه ثانيًا يكون فى الحاصل دعوى المال بشرط الإقرار، ودعوى المال بسبب الإقرار غير صحيح، عليه عامة المشايخ، وقيل: دعوى الإقرار ثانيًا صحيح من غير فصل؛ لأن المدعى بدعوى الإقرار ثانيًا، يثبت بطلان دعوى المدعى عليه الإبراء على المدعى، فإنه يقول: دعواك الإبراء علىّ لم تصح، وكنت مبطلا فى ذلك؛ لما أقررت لى بالدنانير بعد ذلك، ودعوى بطلان الدعوى من أىّ طرف كان ذلك صحيح.

١٧١٥٣ - ادّعى على آخر خمسين ديناراً، فقال المدعى عليه فى الدفع أن المدعى قد أقر أنه دفع إليه العدالى لكل دينار خمسين، ولكن أخذت الحظ بالدنانير صحّ الدفع، وكذلك لو قال: إنك أبرأتنى عن الدعاوى كلها فى سنة كذا، يصح الدفع.

١٧١٥٤ - رجل ادعى على رجل أنى دفعت إليك عشرة دراهم قرضًا، فقال المدعى عليه: بل دفعت إلىّ عشرة دراهم إلا أنك أمرتنى أن أدفعها إلى فلان، وقد دفعتها إليه، فإن أقام على ذلك بينة تندفع الخصومة عن صاحب اليد، وما لا، فلا.

١٧١٥٥ - ادّعت امرأة أنها ابنة هذا الميت، وأن لهامن تركته كذا وكذا، فقال ورثة الميت: أنت مبطلة فى هذه الدعوى، لما أنك قد أقررت بعد وفاة هذا الميت، وقلت: بنده اين مرده بودم وى آزاد كرده است مرا، لا يصح هذا الدفع][1].

١٧١٥٦ - رجل ادعى على آخر دراهم مقدّرة بسبب الكفالة عن فلان بأمره أو بغير أمره، فحضر الأصيل، ودفع دعوى المدعى، وقال: هذا المال غير واجب على الكفيل المدعى عليه، كما أنه غير واجب علىّ، وكنت مكرهًا فى الإقرار به، فقد قيل:

---

(١) ما بين المعقوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من "مظ".

لا تسمع هذا الدفع ؛ لأن المدعى ما ادعى على الأصيل شيئًا ، وقد قيل : تسمع إذا كانت الكفالة بأمر الأصيل ؛ لأن ضرر هذه الدعوى فى المال على الأصيل ، ألا ترى أن من اشترى من آخر جارية ، وقبضها ، واستحقها رجل من يدى المشترى بالبينة ، وقضى القاضى بالجارية للمستحق ، ثم إن البائع أقام البينة على المستحق أنه باعها منه قبل أن يبيعها هو من مشتريه فلان ، فالقاضى يقبل بينة البائع ، ويقضى بالجارية على المستحق ، والدعوى من المستحق ما كان على البائع ، وما كان الطريق سوى أن ضرر هذه الدعوى فى المال على البائع ، كذا ههنا .

١٧١٥٧- ادعت امرأة على ورثة زوجها المهر ، وأنكرت الورثة النكاح ، فأقامت المرأة بينة على النكاح ، وادعت الورثة فى دفع دعواها ، أنها كانت أبرأت أبانا فى حال حياته عن المهر ، فقد قيل : هذا دفع صحيح ، وقد قيل : يجب أن يكون الجواب فيه على التفصيل فى مسألة دعوى الدين إن قالوا : أبرأت أبانا عن المهر لا يصح منهم هذا الدفع لمكان التناقض ، وإن قالوا : أبرأت أبانا عن دعوى المهر ، يصح منهم هذا الدفع ، ولا تناقض فيه . وذكر شيخ الإسلام خواهر زاده مثل هذا التفصيل فى مسألة دعوى الدين ، وإنكار المدعى عليه ، ثم دعوى المدعى عليه الإبراء فى شرح كتاب الحوالة والكفالة .

نوع آخر فى دعوى الوصاية والوصية:

١٧١٥٨- رجل ادّعى على غيره أن أباك أوصى لى بثلث ماله ، وأنكر المدعى عليه الوصية ، فأقام المدعى بينة على دعواه ، فقال المدعى عليه فى دفع دعواه : إن أبى قد كان رجع عن هذه الوصية فى حياته ، أو قال : إن أبى قال فى حياته : رجعت عن كل وصية أوصيت بها ، فقد قيل : لايسمع منه هذا الدفع لمكان التناقض ، وقد قيل : يسمع ، وهو الصحيح ؛ لأن هذا تناقض فيما طريقه طريق الخفاء ، فإن الموصى يستبد بالإيصاء ، فلعل قد كان أوصى ولم يعلم به الورثة ، ورجع ولم يعلم به ، فجحد الوصية بحكم أنه لم يعلم بالوصية ، ثم أخبر بعد الجحود بالوصية والرجوع ، فادعى الرجوع ، والتناقض فى مثل هذا الموضع لا يضره ، وكذلك لو أقام البينة على أن الأب جحد الوصية فى حياته ، كان هذا دفعًا على ما ذكره فى "المبسوط" ، فقد ذكر فى "المبسوط" أن جحود

الوصية رجوع.

وذكر فى "الجامع": أن جحود الوصية لا يكون رجوعًا، قيل: فى المسألة روايتان، وقيل: ما ذكر فى "الجامع": أن جحود الوصية لا يكون رجوعا قياس، وما ذكر فى "المبسوط" استحسان.

١٧١٥٩- رجل ادعى فى تركة رجل وصية لابنه الصغير بثلث ماله، وأقام البينة على ورثة الميت، وقضى بالوصية لابنه، ثم إن الورثة أقاموا البينة على المدعى بطريق الدفع أنه قد كان أقر قبل الحكم أن على الميت دين مستغرق لتركته، كان هذا دفعًا صحيحًا، ويبطل حكم القاضى وسجله، إذ تبين أن المدعى لم يكن خصمًا فى دعوى الوصية، إذ لا وصية مع الدين المستغرق، والبينة من غير الخصم غير مقبولة، والقضاء بها باطل، وهو نظير ما لو ادعى رجل عبدًا فى يدى رجل أنه له، وأقام على ذلك بينة، وذو اليد يقول: هذا العبد وديعة عندى من جهة فلان، ولم يكن له بينة على ما ادعى، وقضى القاضى ببينة المدعى، ثم جاء فلان، وأقام بينة أنه عبده، قد كان أودعه صاحب اليد، فالقاضى يأخذ العبد من المدعى المقضى له، ويدفعه إلى هذا الذى ادعى الإيداع من صاحب اليد، إذ تبين أن المدعى عليه لم يكن خصمًا للمدعى، وأن بينة المدعى قامت على غير الخصم، والبينة على غير الخصم لا تقبل.

١٧١٦٠- رجل أوصى لابنى ابنه بثلث ماله، وأحدهما صغير، والآخر كبير، وأبوهما حى، ثم مات الموصى، فادعى أبو الصغير على وارث الموصى لأجل ابنه الصغير الوصية من جهة الميت، وادعى الكبير لنفسه الوصية من جهة الميت، وأنكر الوارث وصيتهما، وقال فى دفع دعواهما إن هذا الكبير قد أقر بعد موت الميت أن الميت ما أوصى لى بشىء، وكذلك أبو الصغير أقر أن الميت ما أوصى لابنى الصغير بشىء، هل يكون هذا دفعًا؟ فقد قيل فى حق الكبير: هذا دفع، وفى جواب الصغير: هذا دفع لدعوى الأب لا لدعوى الابن حتى لو كبر الابن، وادعى الوصية لنفسه، سمع دعواه، وقد قيل: ليس هذا بدفع أصلا، وهو الأظهر والأشبه بالفقه؛ لأنه لو صار دفعًا إنما صار دفعًا لأنه سبق دعوى الوصية إنكار الوصية، فيصير متناقضًا، والتناقض يمنع صحّة الدعوى إلا أن هذا يناقض فيما طريقه طريق الخفاء؛ لأن الموصى يستبد بالوصية، ولا

يحتاج فيها إلى القبول، ولعله أوصى ولم يعلم به الموصى له، فنفاه، فلما علم به ادعاه.

نوع آخر من هذا الفصل فى المتفرقات:

١٧١٦١ - يجب أن يُعلم بأن دفع الدعوى كما هو صحيح، فدفع الدفع صحيح، وكذلك دفع دفع الدفع، وما زاد على ذلك صحيح، هو المختار، وكما يصح دفع الدعوى بعد إقامة المدعى البينة يصح دفعه قبل إقامة المدعى البينة، وإذا ادعى المدعى عليه الدفع، وطلب من القاضى الإمهال، فالقاضى يمهله إلى المجلس الثانى. وفى "فوائد[1] شمس الإسلام محمود الأوزجندى رحمه الله": أن دعوى الدفع من المدعى عليه لا يكون تعديلا للشهود، وإنه ظاهر، لجواز أن دفعه الطعن فى الشهود.

١٧١٦٢ - وإذا ادعى المدعى عليه أن هذا العين وديعة عنده من جهة فلان، وأقام على ذلك بينة، وأقام المدعى بينة فى دفع دعواه، أنك أقررت قبل هذا أن العين ملكى، فهذا دفع لدعوى المدعى عليه.

١٧١٦٣ - وإذا ادعى أرضًا فى يد إنسان، وأقام المدعى عليه بينة أن هذه الأرض فى يدى بحكم المزارعة، فهذا دفع دعوى المدعى، كما لو أقام بينة أنها فى يدى بإجارة، أو إعارة، أو وديعة، وإذا قال: لا دفع لى، ثم جاء بدفع، فقد قيل: يجب أن تكون هذه المسألة على روايتين، أو على الخلاف بين أبى حنيفة ومحمد على قياس ما إذا قال المدعى: لا بينة لى، واستحلف المدعى عليه، ثم جاء ببينة، وقيل فى هذه المسألة: يجب أن لا يصح دفعه بعد ذلك باتفاق الروايات؛ لأن معنى قوله: لا دفع لى، ليس لى دعوى الدفع، ومن قال: لا دعوى لى قبل فلان، ثم جاء يدّعى عليه، لا يُسمع دعواه، كذا ههنا، والأول أقرب إلى الصواب؛ لأن معنى قوله: لا دفع لى، ليست لى بينة دافعة؛ لأن دعوى المدعى لا يندفع بمجرد دعوى المدعى عليه الدفع، وإنما يندفع ببينة يقيمها على الدفع، وإذا كان معنى قوله: لا دفع لى هذا، صارت هذه المسألة نظير ما إذا قال المدعى: لا بينة لى قبله.

١٧١٦٤ - المدعى عليه الضيعة أو الدار، إذا أقام بينة أن نصف هذه الضيعة، أو

---

(١) هكذا فى ظ وم، وكان فى الأصل: "فى الفتاوى فى فوائد شمس الإسلام".

نصف هذه الدار فى يدى وديعة من جهة فلان الغائب ، هل تبطل دعوى المدعى فى الكل؟ فقد قيل : يبطل ؛ لأن الدعوى واحد ، فإذا بطل بعضه بطل كله ، وقيل : لا يبطل فى الكل ، وإنما يبطل فى النصف ، قالوا : وإليه أشار محمد رحمه الله فى بيوع "الجامع" .

١٧١٦٥- دعوى اتفقت الأئمة على فسادها ، ومع ذلك جاء المدعى عليه بدفع لو كان الدعوى صحيحة ، كان ذلك الدفع دفعًا له ، فالقاضى هل يسمع دفع المدعى عليه ، أو يأمر المدعى بتصحيح دعواه؟ فقد اختلف المشايخ فيه ، قال بعضهم : يأمر المدعى بتصحيح دعواه ، وقال بعضهم : يسمع دفع المدعى عليه ، ويقضى به .

١٧١٦٦- ادعى دارًا فى يدى رجل ، فقال المدعى عليه فى دفع دعواه : إنك أقررت قبل هذا أنك بعت هذه الدار منى ، وأراد أن يحلف المدعى ، فله ذلك ، ولو أقام البينة على إقرار المدعى بذلك ، قبلت بينته ، واندفع دعوى المدعى .

١٧١٦٧- وإذا ادّعى النتاج فى دابة ، فقال المدعى عليه فى دفع دعوى المدعى : إنك مبطل فى هذه الدعوى ؛ لما أقررت أنك اشتريت هذه الدابة من فلان ، فهذا دفع لدعوى المدعى .

١٧١٦٨- رجل ادعى كرمًا فى يدى رجل ، فقال المدعى عليه فى دفع دعواه : إنه آجر نفسه منى ؛ ليعمل فى هذا الكرم عمل لى كذا ، فهذا دفع صحيح لو أثبته بالبينة ، يندفع عنه دعوى المدعى ؛ لأن إجارة نفسه من غيره للعمل فى الكرم الذى فى يد ذلك الغير إقرار من الأجير أن الكرم ليس له ، فيصير بدعواه أن الكرم له متناقضًا .

١٧١٦٩- ذكر ابن سماعة فى "نوادره" عن محمد رحمه الله : رجل ادعى على رجل ، أنه أخذ منه مالا ، وهو كذا وكذا ، ووصفه بأمر يُعرف ، فأقام المدعى عليه بينة أن المدعى قد أقر أن هذا المال المسمّى المفسّر أخذ منه فلان الآخر ، والمدعى ينكر ، فليس هذا بإبطال لدعوى المدعى ، ولا إكذاب لبينته ؛ لأن الإكذاب والإبطال إنما يثبت لمكان التنافى ، ولا منافاة بين الأمرين إذا لم يكن فى الشهادتين ذكر الوقت ، لجواز أن فلانًا الأجنبى أخذه أولا ، ثم رده عليه ، ثم أخذه المدعى عليه ، وإذا لم يكن بين الأمرين منافاة أمكن تصحيح البينتين ، والبينات حجج الله تعالى ، فمهما أمكن تصحيحهما لا يلغى

إحداهما . [ولو أن المدعى عليه أقام البينة أن هذا المدعى أقر أن فلانًا وكيل هذا المدعى عليه، أخذ منه هذا المال، فهذا إبطال لدعوى المدعى، وإكذابًا لبينته .

والفرق : أن فى هذه المسألة ثبت ببينة المدعى عليه إقرار المدعى بأخذ وكيل المدعى عليه المال، فيعتبر بالثابت عيانًا، ولو عاينا إقرار المدعى بأخذ وكيل المدعى عليه المال منه، لا يصح دعوى المدعى بعد ذلك الأخذ من المدعى عليه؛ لأن فعل الوكيل فعل الموكل، فيصير المدعى بدعوى الأخذ بعد ذلك على المدعى عليه مدعيّا ذلك الأخذ، لا آخذا بطريق الأصالة، وإنما يصير مدعيّا ذلك الأخذ حتى لا يؤدّى إلى إثبات أخذ آخر، ووقت آخر من غير ضرورة .

قلنا : وأمكن أن يجعل المدعى مدعيا ذلك الأخذ على المدعى عليه؛ لأن فعل الإنسان ينتقل إلى غيره إذا كان بحكم الوكالة عن ذلك الغير، وإذا صار المدعى مدعيّا ذلك الأخذ يصير مدعيّا المال على المدعى عليه بأخذ وُجد من وكيله . قلنا : ودعوى المال على المدعى عليه بفعل وجد من الغير باطل؛ لأن الإنسان لا يصير متعديا بفعل غيره .

أما فى المسألة الأولى : لا يمكن أن يجعل المدعى مدعيا على المدعى عليه ذلك الأخذ الذى كان من فلان الآخر؛ لأن فعل الإنسان إنما ينتقل إلى غيره بحكم الوكالة عن ذلك الغير، ولا وكالة فى المسألة الأولى، فكان مدعيّا عليه آخذًا آخر بطريق الأصالة، ودعوى المال على غيره بسبب الأخذ عنه بطريق الأصالة دعوى صحيحة، فهذا هو الفرق المنقول عن المشايخ، وإنه مشكل عندى .

قالوا : والمراد من مسألة الوكيل أن لا يكون الموكل وهو المدعى عليه ذا سلطان، أما إذا كان ذا سلطان كان الضمان فيه على الموكل، وهو المدعى عليه على ما مر قبل هذا، فيستقيم دعوى الضمان عليه بأخذ وكيله على ما مر قبل هذا، والمراد من الوكالة المذكورة فيه الأمر، لا حقيقة الوكالة .

١٧١٧٠- وإذا ادعى على رجل عينًا فى يديه ملكًا مطلقًا، وأقام البينة، فقال المدعى عليه فى دفع دعوى المدعى : هذا العين ملكى، وقد كنت أيها المدعى اشتريت هذا العين منى، ثم أقلنا البيع، واليوم هذا العين ملكى، فأقام على ذلك بينة، فهذا ليس بدفع؛ لأن المدعى ادعى الملك المطلق لنفسه، وصاحب اليد بقوله ابتداء : هذا العين

ملكى، وقد كنت اشتريته منى ادعى الملك المطلق لنفسه أيضًا، وبقوله: أقلنا البيع يدعى عود الملك إلى نفسه، وذلك الملك المطلق، ففى الحاصل كل واحد منهما يدعى الملك المطلق لنفسه، وفى مثل هذا البينة بينة الخارج. وقد قيل: ينبغى أن تقبل بينة صاحب اليد على قول من يقول: بأن البينة مع الإقرار إذا اجتمعا، فالقاضى يقضى بالإقرار لا بالبينة.

ووجهه أن صاحب اليد لما قال للمدعى: قد كنت اشتريت هذا العين منى، فقد أقر بالملك للمدعى، وبطلت بينة المدعى، فعند ذلك صاحب اليد بدعوى الإقالة يدّعى الانتقال إلى نفسه، ويقيم عليه البينة، ولم يبق للمدعى بينة، فتقبل بينة صاحب اليد ضرورة، ولأن صاحب اليد لما ادعى البيع من المدعى والإقالة، وأثبت ذلك بالبينة، فقد ثبت إقرار المدعى أن الملك لصاحب اليد فى رواية، وإقراره أنه لا ملك له قبل البيع باتفاق الروايات، ومع إقرار المدعى أن لا ملك له قبل البيع، كيف يقضى له بالملك المطلق؟

١٧١٧١- رجل ادعى على رجل آخر مائة من دُهن السمسم بسبب صحيح، فقال المدعى عليه فى دفع دعواه: إنه مبطل فى هذه الدعوى؛ لأنى قد كنتُ أعطيته عوض هذا الدُهن ديناراً من الذهب الأحمر الجيّد البخارى الضرب، فهذا ليس بدفع ما لم يقل: سبب وجوب الدهن؛ لجواز أن الدهن قد وجب بسبب السلم، فإذا أخذ عوضه ديناراً، فقد استبدل بالمسلم فيه، والاستبدال بالمسلم فيه قبل القبض لا يجوز، فيبقى الدهن فى ذمته على حاله، فلا يصح الدفع، وإن كان الدهن مبيعًا، بأن اشترى مقداراً معينًا من الدهن، فإذا أعطاه عوض ذلك من الذهب وهو قائم بعينه، كان بائعًا المبيع قبل القبض، وإنه لا يجوز، فلا يصح الدفع أيضًا، فلهذا شرطنا بيان السبب.

١٧١٧٢- وإذا جعل الرجل أمر امرأته بيدها على أنه متى لم تصل إليها نفقتها فى وقت كذا، فهى تطلق نفسها متى شاءت، ثم إن المرأة أرادت أن تطلق نفسها بعد مضى ذلك الوقت، ووقع الاختلاف بينها وبين زوجها فى وصول النفقة وعدم وصولها فى ذلك الوقت، فقالت المرأة فى دفع دعواه: إنه أقر أنه لم يدفع إليها نفقتها، فهذا لا يكون دفعًا لجواز أنه دفع إليها وكيله حتى لو قالت المرأة أنه أقر أنه لم يصل إليها نفقتها،

وأقامت على ذلك بينة، كان ذلك دفعًا صحيحًا، وقد قيل هو دفع في الوجهين؛ لأن دفع الوكيل كدفعه، ألا ترى أن من حلف ليعطينّ فلانًا حقه، فأمر غيره حتى أعطاه برّ في يمينه](١).

١٧١٧٣- ادّعى على آخر أنه لكز أبى، ومات من لكزه، وأقام على ذلك بينة، وأقام الضارب بينة أن أباه قد صح من لكزه، وأبرأه من ضربه، فقد قيل: هذا دفع لدعوى المدعى، وقيل أيضًا: يجب أن يكون الجواب فيه على التفصيل: إن كان المدعى ادعى أنه لكزه، ومات من تلك اللكزة، وشهوده شهدوا كذلك، فهذا دفع لدعوى المدعى، وإن كان ادعى أنه لكزه، ومات من لكزه، فهذا لا يكون دفعًا لدعوى المدعى، ويقضى عليه بالضمان، وهذا من باب العمل بالبينتين، يجعل كأنه لكزه، وبرأه من لكزه، ثم لكزه ثانيًا، ومات منه، وهو نظير ما قاله محمد رحمه الله في كتاب الغصب: إذا أقام الغاصب بينة أنه رد الدابة المغصوبة على المالك، وأقام المالك بينة أنها ماتت من ركوب الغاصب، فالقاضى يقضى على الغاصب بالضمان، وكان ذلك من باب العمل بالبينتين، بأن يجعل كأن الغاصب ردها على المالك ثم ركبها ثانيًا، كذا في مسألتنا.

١٧١٧٤- في "فتاوى النسفى رحمه الله": سئل عمّن ادعى على آخر أنى رهنت منك كذا عينًا، سمّاه ووصفه بكذا، وطلب منه إحضار الرهن؛ ليقضى ماله عليه من الدين، ويرد الرهن عليه، والمدعى عليه ينكر الرهن والارتهان، فجاء المدعى بشاهدين على الرهن، وجاء المدعى عليه بشاهدين شهدا أن المدعى عليه اشترى هذا العين من هذا المدعى بكذا، ونقده الثمن، وقبض المشترى بتسليمه، فهذا دفعٌ لدعوى المدعى، ويقضى ببينة صاحب اليد؛ لأن بينته أكثر إثباتا؛ لأن الشراء آكد من الرهن.

١٧١٧٥- [رجل أخذ دابة من يدى رجل، وهلكت في يديه، فجاء الذى كانت الدابة في يده إلى القاضى، وادعى على الذى أخذ الدابة من يده أنه أخذ دابتى بغير حق، وهلكت في يده، وأقام الآخذ بينة أنى أخذتها بحق؛ لما أن الدابة ملكى، وكانت في يد صاحب اليد بغير حق، فهذا دفع صحيح، وهذا لأن الدعوى من صاحب اليد في الحاصل دعوى ضمان الدابة، وبينة الآخذ على الوجه الذى بينّا صحت دافعةً له.

(١) ما بين المعقوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من "مظ".

ولو كانت الدابة قائمة فى يد الآخذ، فادعى الذى كانت فى يده على نحو ما بيّنا، وأقام الآخذ بينة أنه أخذها؛ لأنه ملكها، قبلت بينته؛ لأن الآخذ وإن كان ذو اليد فى الحال، ولكن ثبت بتصادقهما أنها كانت فى يد الآخر، وثبت بذلك أن صاحب اليد فى الحقيقة الآخر، دون الآخذ، فلهذا تقبل بينة الآخذ على الملك له فى الدابة.

١٧١٧٦- امرأة ادّعت على زوجها أنها محرّمة عليه بالطلقات الثلاث، وأقامت على ذلك بينة، فقال الزوج فى دفع دعواها أنها أقرت، أنها اعتدّت بعد طلقاتها الثلاث، وتزوّجت بزوج آخر، ودخل بها زوجها الثانى، ثم طلقها، وانقضت عدتها، ثم تزوجته وهى حلال له اليوم، وهل يصح هذا دفعًا؟ كان شيخ الإسلام السغدى يقول: لا يصح هذا الدفع؛ لأن أكثر ما فيه أنه ثبت ببينة الزوج إقرارها بالحل، وتناقضها فى دعوى الحرمة إلا أن الدعوى ليست بشرط لسماع البينة على طلاق المرأة وحرمتها، والصحيح أن دعوى الدفع على هذا الوجه صحيح.

١٧١٧٧- وفى "نوادر إبراهيم بن رستم" عن محمد: رجل ادّعى دارًا أو متاعًا فى يدى رجل، وأقام بينة عند القاضى بذلك، وقضى القاضى له بما ادعى، فلم يقبضه المدعى، حتى أقام المدعى عليه بينة أن هذا المدعى أقر أنه لا حق لى فى العين المدعى به، قال: إن شهدت شهوده على إقرار المدعى بذلك قبل قضاء القاضى، بطلت شهادة شهود المدعى، وإن شهدت شهوده على إقرار المدعى بذلك بعد القضاء لا يبطل القضاء.

إذا شهد شهود المدعى عليه على إقرار المدعى أن شهوده فسقة، أو على إقراره أنه استأجرهم على هذه الشهادة، أو على إقراره أنهم لم يحضروا المجلس الذى كان فيه هذا الأمر، وادعى المدعى عليه ذلك، قبلت شهادتهم، وبطلت شهادة شهود المدعى.

١٧١٧٨- إذا أقر فى غير مجلس القاضى أن هذا العين ملكه بسبب الشراء من فلان، ثم ادعاه عند القاضى ملكًا مطلقًا، فقال المدعى عليه للقاضى فى دفع دعواه أنه أقر مرّة: إن هذا العين ملكه بسبب الشراء من فلان، فهذا دفع صحيح لو أثبت ذلك عند القاضى بالبينة يندفع دعوى المدعى.

١٧١٧٩- رجل ادعى عينًا فى يدى إنسان عند قاضٍ ملكًا بسبب، ولم يمكنه

إثباته، فباع المدعى عليه ذلك العين من رجل، وسلّمه إلى المشترى، ومضى على ذلك زمان، ثم إن المدعى ادعى ذلك العين على المشترى عند ذلك القاضى، أو عند قاض آخر ملكًا مطلقًا، فقال المشترى فى دفع دعواه : إنه مبطل فى هذه الدعوى؛ لما أنه ادّعى هذا العين على بائعى بسبب الشراء، والآن يدعيه ملكًا مطلقًا، فهذا دفع صحيح][1].

١٧١٨٠- ادّعى عينًا فى يدى إنسان ملكًا مطلقًا، وادعى المدعى عليه فى دفع دعواه، أنه كان ادّعى هذا العين قبل هذا بسبب، فقال المدعى : أنا أدّعيه[2] الآن بذلك السبب أيضًا، وترك دعوى الملك المطلق، سمع دعواه ثانيًا بالسبب أيضًا، وبطل دفع المدعى عليه.

١٧١٨١- ادعى عبدًا فى يدى رجل، وأثبت دعواه بالبينة، فقال المدعى عليه فى دفع دعواه : إنك قد بعت هذا العبد من فلان الغائب، وأقام على ذلك بينة، فعلى ما عليه إشارات "الجامع" و "الزيادات" : لا تقبل هذه البينة من المدعى عليه، ولا يندفع دعوى المدعى، وقد ذكرنا الناطفى فى "أجناسه" : أن القاضى يقبل هذه البينة، ويدفع دعوى المدعى.

والوجه لما ذكره الناطفى : أن دعوى المدعى عليه بيع المدعى من فلان، وكل بائع مقرّ بالملك للمشترى منه بمنزلة دعواه إقرار المدعى بأن هذا العين ملك لفلان، ولو ادعى إقرار المدعى أن هذا العين ملك لفلان، وأقام على ذلك بينة يسمع ذلك منه، وتندفع خصومة المدعى عنه، كذا هنا.

وعلى هذا القياس : إذا ادعى دينًا على ميت بحضرة وارثه، وأنكر الوارث التركة، فعيّن المدعى عليه عينًا من الأعيان، وقال : هذا من تركته، فقال الوارث : إن الميت قد كان باع هذا العين فى حياته من فلان كان دفعًا صحيحًا، حتى لو أقام البينة على ذلك، تندفع دعوى المدعى.

١٧١٨٢- حكى عن الشيخ الإمام نجم الدين النسفى : أنه قال : عرض علىّ محضر فيه دعوى رجل على رجل أرضًا أنها ملكه وحقه، وأن مورّث المدعى عليه

(١) ما بين المعقوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من "مظ".

(٢) هكذا فى ظ وم، وكان فى الأصل وف : "ادعيته".

أحدث يده عليها بغير حق إلى أن مات وفى يد وارثه هذا بغير حق أيضًا، فواجب قصر يده عنها، وتسليمها إلى هذا المدعى، وأقام على ذلك بينة بعد إنكار المدعى عليه دعواه، فقال المدعى عليه فى دفع دعواه: إن مورّثنا فلان كان اشترى هذا المحدود من مورث هذا المدعى بيعًا باتّا، وتقابضا، وكان فى يده بحق إلى أن توفى، ثم صار ميراثًا لى عنه بحق، فقال المدعى فى دفع هذا الدفع: إن مورّث المدعى عليه كان أقر أن البيع الذى جرى بيننا كان بيع، وقال: فإذا رد علىّ الثمن كان علىّ رد الأرض، وأقام بينة على ذلك، هل يصح دفع الدفع على هذا الوجه؟ وقد كان أجاب قاضى القضاة عماد الدين على ابن عبد الوهاب والشيخ الإمام الزاهد علاء الدين عمر بن عثمان أنه صحيح، وأنا أجيب أنه غير صحيح؛ لأنه ادعى أولا أنه كان فى يده بغير حق، والآن إذا أقرّ أنه فى يده ببيع الوفاء، فقد أقر أنه فى يده بحق.

وأنا أقول: يجب أن يصح دعوى الدفع على قول من يقول: بأن البيع الوفاء حكم الرهن؛ لأنه إقرار ببعض ما أنكره له أولا، وهو كون الأرض فى يده بغير حق، وهذا لأنه لما كان لهذا البيع حكم الرهن، كان المبيع على ملك المدعى، إلا أن للمدعى عليه حق الحبس، وقد ادّعى المدعى أولا أن الملك للمدعى، وفى يد المدعى عليه بغير حق، وإذا أقر بعد ذلك ببيع الوفاء، فقد ادعى أن الملك له، وادعى أن يد المدعى عليه بحق، فهو معنى قولنا: إنه أقر له ببعض ما أنكره له أولا، إلا أن بعد ما أقر ببيع الوفاء لا يمكنه مطالبة المدعى عليه بتسليم الأرض، ولا تقبل بينته على تسليم الأرض، وإنما تقبل بينته على ملكية الأرض، وعلى قول عامة المشايخ: إن لم يكن الوفاء مشروطًا فى البيع، فالبيع صحيح، ولا يكون هذا دفعًا، وإن كان الوفاء مشروطًا فى البيع، كان البيع فاسدًا، فإن ادعى فسخ العقد يصح الدفع، وما لا فلا.

١٧١٨٣- ذكر شيخ الإسلام فى "شرح الجامع" فى باب من القضاء: ادعى على آخر دارًا فى يديه، فأقام المدعى عليه بينة على إقرار المدعى، أن الدار ليست ملكًا لى، أو ما كانت لى، اندفعت بينة المدعى.

١٧١٨٤- ادعى عينًا فى يدى إنسان أنه ملكى، وقد أقر صاحب اليد بذلك لى، فأقام المدعى عليه البينة، أن المدعى استوهب هذا العين حتى يكون ذلك دفعًا لدعوى

المدعى؛ لأن الاستيهاب إقرار أنه ليس ملك المستوهب باتفاق الروايات، وهل يكون إقرارًا بملك الواهب؟ على رواية "الجامع" يكون إقرارًا، وعلى روايات "الزيادات": لا يكون إقرارًا، وصار تقدير هذه المسألة: كأن المدعى عليه أقام بينة على إقرار المدعى أنه لا ملك له فى هذا العين على الروايات كلها، أو على إقراره أن هذا العين ملك الواهب على رواية "الجامع".

وكذلك على هذا إذا أقام المدعى عليه بينة على أن المدعى استاومه منه، أو قال بالفارسية: خريده خواست اين عين را از من، فهذا دفع لدعوى المدعى، فالإقدام على الاستيام على الشراء إقرار أنه لا ملك له فيه باتفاق الروايات، وهل يكون إقرارًا بالملك للبائع؟ فعلى الروايتين أيضًا، وكذلك الإقدام على الإجارة، وعلى المزارعة على هذا.

١٧١٨٥- وفى كتاب القسمة من "المنتقى" قال هشام: سألت محمدًا عن رجل تزوج امرأة، ثم ادعى أنه اشتراها ممن يملكها، قال: لا أقبل بينته على ذلك حتى يشهدوا أنه اشتراها من فلان وهو يملكها بعد التزوج، وكذلك إن ساوم بدار فى يدى رجل، ثم ادعى أنه اشتراها من فلان، وفلان يملكها، لم أقبل ذلك منه حتى يشهدوا أنه اشتراها من فلان بعد هذا، وهى له، أو أقر الذى فى يديه الدار، أنه وكيل البائع والاشتراء من غير المدعى عليه فى كونه إقرارًا أنه لا ملك للمدعى فى المدعى نظير الاشتراء من المدعى عليه، حتى إن من ادعى عينًا فى يدى إنسان أنه ملكه، فقال المدعى عليه فى دفع دعواه: إن هذا المدعى مبطل فى دعواه كون هذا العين ملكًا له؛ لما أنه اشترى هذا العين من فلان، وهذا منه إقرار أنه لا ملك له فى المدعى، فهذا دفع.

وإذا ادعى نخلا فى يدى رجل، فقال المدعى عليه فى دفع دعواه: إنه اشترى ثمر هذا النخل منى، فهذا ليس بدفع، إذ ليس من ضرورة أن لا يكون ثمر النخيل لإنسان أن لا تكون النخيل له، وقد مرّ هذا فيما تقدم.

١٧١٨٦- ادّعى محدودًا فى يدى رجل، وبيّن حدودها، فقال المدعى عليه: اين محدود كه مدعى دعوى كرد با اين حدود ملك منست وحق منست، فأعاد المدعى دعواه ثانيًا فى مجلس آخر بعين تلك الحدود، فقال المدعى عليه: در حدود خطا كرده واين محدود كه در دست منست به اين حدود نيست كه تو دعوى كرده، فأعاد المدعى

دعواه ثالثا في مجلس آخر، فقال المدعى عليه : اين محدود كه تو دعوى كردئي تو بفلان فروخته بودى اينش از آنكه دعوى كردى ومن از فلان خريده ام، هل يكون هذا دفعًا لدعوى المدعي؟ فقيل : لا، وينقض كلامه الثالث بالكلام الثاني، واعتبر كلامه الثاني لنقض كلامه الثالث، وإن لم يُعتبر في حق دفع دعوى الملك.

١٧١٨٧- إذا ادّعت المهر المسمى على ورثة زوجها، وأقامت على ذلك بينة، فقالت الورثة في دفع دعواها : إنك قد كنت أقررت أن النكاح كان بغير تسمية، وأن الواجب مهر المثل، والآن تدعي المسمى وبينهما تناقض، فقد قيل : هذا دفعٌ، وقد قيل : إنه ليس بدفع، وهو الأصح، إذ يجوز أن لا يكون في النكاح تسمية، ثم يسمى لها مهرًا، ويكون ذلك تقدير مهر مثلها.

١٧١٨٨- ادعى المديون القضاء، وأنكر رب الدين ذلك، وحلف ثم إن المديون صالح رب الدين من ذلك على شيء، ثم أقام البينة، أنه كان قضاء الدين، هل تسمع بينته؟ اختلف المشايخ فيه، وذكر في كتاب الصلح مسألة تدل على القبول.

وصورتها : استعار من آخر دابة، وهلكت الدابة تحت المستعير، وأنكر رب الدابة الإعارة، وصالحه المستعير على مال جاز، فإن أقام المستعير بعد ذلك بينة على العارية، وقال : إنها نفقت[1] قبلت بينته، ويبطل الصلح، وإن أراد استحلاف المعير على ذلك، فله ذلك.

١٧١٨٩- وفي "المنتقى" : رجل ادعى على رجل ألف درهم، فقال المدعى عليه : ما كانت لك على ألف درهم قط، وقد ادعيت هذه الألف أمس، فدفعتها إليك، فقال المدعي : ما قبضت منك شيئًا، وأن لي عليك ألف درهم، فصالحه من دعواه على خمسمائة درهم، ثم إن المدعى عليه جاء ببينة، فشهدت أنهم رأوا المدعى عليه، دفع إلى المدعي أمس ألف درهم، لم ألتفت إلى هذه الشهادة؛ لأن هذا إنما أفتدى يمينه بها، ولو أن المدعى عليه، قال للمدعي : صدقت قد كانت لك عليّ ألف درهم، ولكن قد قضيتكها أمس، فقال المدعي : ما قضيتني شيئًا، فدفع الألف إليه، أو صالحه على خمس مائة، ثم شهدت الشهود للمدعى عليه، أنه دفع إليه الألف بالأمس، كان له أن

(١) وفي م: "أنفقت".

يرجع عليه بما أعطاه، والصلح باطل.

١٧١٩٠- وفى "المنتقى": قال هشام: سمعت محمدًا يقول: فى رجل ادعى على رجل مالا، وجحده المدعى عليه، وأعطاه إياه، أو صالحه من دعواه، ثم أقام المدعى عليه بينة، أن المدعى قال: قبل القضاء أو قبل الصلح، ليس لى قبل فلان شىء، فالقضاء والصلح ماضيان، وإن أقام بينة أنه أقر بذلك بعد الصلح والقضاء، أبطلت الصلح والقضاء، ولو كان القاضى قد قضى عليه بالمال ببينته، ثم أقام المدعى عليه بينة أن المدعى أقر قبل أن يقضى له القاضى، أنه ليس له عليه شىء، أبطلت المال عنه.

١٧١٩١- رجل ادعى دارًا فى يدى رجل، فصالحه المدعى عليه على ألف على أن يسلمها للمدعى عليه، ثم إن المدعى عليه أراد أن يقيم بينة أنها له؛ ليرجع فى الألف، فليس له ذلك، وكذلك إن أقام بينة أنها كانت لفلان اشتراها منه، أو كانت لأبيه فلان، مات أبوه، وتركها ميراثًا له، هكذا روى ابن سماعة عن أبى يوسف، وعلّل، فقال: لأنه كان القول فيها قوله، فإنما أفتدى يمينه بما بذل، فلا يستطيع أن يرجع فيه.

ولو أقام بينة أنه كان اشتراها من المدعى قبل الصلح، قبلت بينته، وبطل الصلح، ولو لم يقم بينة على الشراء، وإنما أقام بينة على صلح صالحه قبل هذا الباب، أمضيت الصلح الأول، وأبطلت الثانى.

١٧١٩٢- وفى "المنتقى": ادعى دارًا فى يدى رجل إرثًا عن أبيه، ثم اصطلحا على شىء، ثم إن المدعى عليه أقام بينة أنه كان اشترى الدار من أب هذا المدعى حال حياته، أو أقام بينة أنه كان اشتراها من فلان وفلان كان اشتراها من أب هذا المدعى، لا تقبل بينته؛ لأنه لو ظهر ذلك يبطل الصلح.

١٧١٩٣- وإذا ادعى على آخر مالا معلومًا، فادعى المدعى عليه الصلح، إن كان الصلح على جنس الحق، لا حاجة إلى ذكر قبض بدل الصلح، وإن كان الصلح على خلاف جنس الحق لابد من ذكر قبض بدل الصلح، ومن ذكر قبضه فى مجلس الصلح، وهل يشترط بيان بدل الصلح؟ بعض المتأخرين قالوا: يشترط، وبعضهم قالوا: لا يشترط، وذكر القبض يغنى عن بيانه.

١٧١٩٤- ادعى دارًا فى يدى رجل، فادعى المدعى عليه الصلح، ولم يقم على

ذلك بينة، وقضى القاضى بالدار للمدعى، وباعها المدعى من رجل، ثم إن المدعى عليه الدار أراد أن يحلف المدعى بالله ما صالحتنى عن دعواك فى الدار قبل قضاء القاضى بالدار لك، وله ذلك، فإذا حلفه، ونكل عن اليمين، كان للمدعى عليه الخيار، إن شاء أجاز البيع، وأخذ الثمن، وإن نشاء ضمنه.

١٧١٩٥ - ادعى على رجل داراً فى يده، وصالحه المدعى عليه على دراهم مسماة يدفعها المدعى عليه إلى المدعى، ودفع، ثم إن المدعى عليه أقام بينة على أن المدعى قال بعد الصلح: چگونه آوردم كه چندين مال بباطل از وى گرفتم، تسمع بينته، ويبطل الصلح، وكان له أن يسترد من المدعى ما دفعه إليه، وعلى قياس ما ذكرنا قبل هذا: ينبغى أن لا تسمع بينته؛ لأنه افتدى يمينه بما بذل، فلا يكون له أن يرجع فيه.

١٧١٩٦ - وفى "المنتقى": ادعى ثوبًا فى يدى رجل، فصالح المدعى عليه المدعى على عشرة دراهم، يدفعها إلى المدعى، ودفع ثم إن المدعى عليه أقام بينة على إقرار المدعى، أنه لا حق له فى هذا الثوب إن شهدوا على إقراره قبل الصلح، فالشهادة باطلة، والصلح جائز؛ لأن المدعى عليه قد صالح، وهو يُنكر فإنما افتدى يمينه بما بذل، وكذلك لو كان المدعى حلّف المدعى عليه، فنكل وقضى القاضى عليه بنكوله بالثوب للمدعى، ثم جاء المدعى عليه ببينته يشهدون على إقرار المدعى قبل القضاء أنه لا حق له فى الثوب، لا يلتفت إلى شهادتهم، وإن أقام المدعى عليه بينة على إقراره بعد الصلح أنه لم يكن له فى الثوب حق، أبطلت الصلح.

١٧١٩٧ - ادعى على ميت دينًا فى تركته بحضرة أحد ورثته، وأثبت الدين بالبينة، فجاء وارث آخر غير الذى قامت عليه البينة، وصالح مع المدعى على بعض ما ادعاه، ثم إن هذا المصالح أقام بينة على المدعى أن المورث قد أوفاك هذا المال، وكنت مبطلا فى هذه الدعوى، لا تسمع بينته، ولو أقام غير المصالح من ورثة الميت بينة على أن المورث قد كان أوفاك هذا الدين يسمع.

١٧١٩٨ - ادّعى نكاح امرأة وأقام بينة على دعواه، فأقامت هى بينة على وجه الدفع أنه قد خالعها، فهذا دفع إذا لم يوقتا، أو وقت أحدهما دون الآخر، وإن وقتا وتاريخ الخلع سابق، فهذا ليس بدفع وبينة المرأة مردودة.

١٧١٩٩ - أمة فى يدى رجل ادعاها رجل، وقال : إنها أمتى، وقد اغتصبها ذو اليد منى، وأقام ذو اليد بينة أنها كانت أمة فلان، وقد أعتقها فلان منذ عشرين سنة، وأنا تزوجتها، فهذا دفع .

وإذا ادعى نكاح امرأة وهى تدعى إقرار المدعى بحرمتها، فهذا دفع، وكلذلك إذا ادعت هى النكاح، وادعى هو الخلع، فهذا دفع .

١٧٢٠٠ - وإذا ادعى نكاح امرأة، وادعت أنها منكوحة فلان الغائب، فهذا ليس بدفع، فرض القاضى على الزوج النفقة، فطلبتها، وادعى على وجه دفع الفرض أنها محرمة على فى هذه الحالة، فهذا ليس بدفع، ولا يبطل فرض القاضى ؛ لأنه ليس من ضرورة كونها محرمة أن لا يكون لها عليه النفقة، فإنها لو كانت فى عدتها، فهى محرّمة، ولها عليه النفقة، ونفقة النكاح، ونفقة العدة سواء، فهذا لا يصلح دفعًا، ولو كان ادعى الخلع على المهر، ونفقة العدة، فهذا دفع .

١٧٢٠١ - ادعى على زيد مثلا بحضرته، أنى استأجرت من صالح محدود كذا إجارة طويلة مرسومة بكذا، وقبضت المحدود، ثم أجزته مقاطعة من زيد هذا الذى أحضرته بكذا مدة كذا، وبين جميع الشرائط فى العقدين جميعا، ثم قال : ومضت مدة المقاطعة، وصار مال المقاطعة دينًا لى على زيد هذا، وذلك كذا، فقال زيد فى دفع دعواه : إنى اشتريت هذا المحدود من صالح صاحب المحدود بكذا فى يوم كذا، ونفذ البيع فى أيام الفسخ، وذلك كذا، وسقط مال المقاطعة عنى من وقت كذا، وذلك كذا، وهذا المدعى مبطل فى دعواه جميع مال المقاطعة علىّ، وأقام بينة على ما ادعاه، وكان جميع ذلك بغيبة صالح صاحب المحدود، هل تسمع هذه البينة؟ وهل تندفع دعوى المدعى؟ فقد اختلف مشايخ زماننا فيه، والأظهر أنه يسمع البينة، ويندفع دعوى المدعى .

١٧٢٠٢ - ادعى على آخر أنه كسر ثنيته العليا، فقال المدعى عليه بطريق الدفع : إنه لم يكن له هذا السن أصلا، وأقام على ذلك بينة، فهذا ليس بدفع، وهذه البينة مردودة؛ لأنها قامت على النفى .

١٧٢٠٣ - وقعت فى زماننا، أن رجلا ادعى على رجل أن لفلان ابن فلان عندك

كذا وكذا، وإنه صبى، وجعل القاضى فلان ابن فلان وصيّا لهذا الصبى، وهذا الصبى فى ولاية هذا القاضى، ثم إن فلان ابن فلان وكلنى بقبض مال الصغير هذا منك، وذلك كذا وكذا، وقضى القاضى بوكالة المدعى بشرائطه، وقبض المدعى المال، ثم إن هذا المدعى عليه بعد ذلك يومًا ادعى على هذا الوكيل أن هذا الصبى فلان ابن فلان قد أدرك، ووكلنى بقبض ماله منك أيها الوكيل عن الوصى، فقال الوكيل عن الوصى: بعثت المال إلى الوصى، هل يصدّق؟ فقد قيل: لا يصدق، أصله الوكيل بالبيع إذا قال بعد ما عزله الموكل: بعته أمس، الوكيل بقبض المال إذا أثبت وكالته بالبينة، وقضى القاضى بوكالته، ثم إن المطلوب ادعى أن الطالب قد مات قبل دعواه، وليس له حق القبض، فهذا دفع لو أقام البينة عليه، تندفع دعوى المدعى.

١٧٢٠٤- حانوت استحق من يد رجل بالبينة، ورجع المستحق عليه على بائعه بالبينة، فأقام بائعه بينة بحضرته، وبحضرة المستحق أن المستحق أقر أن هذا الحانوت كان ملك أبى، مات وتركه ميراثًا لى، لا وارث له غيرى، وأن أبى قال فى حياته وصحته: جميع هذا الحانوت ملكى بسبب صحيح، وأنه فى يدى بحكم الإجارة، لا ملك لى فيه، وقد كنت صدّقته فى هذا الإقرار، ثم بعته بعد ذلك من المستحق عليه هذا، وأن قضاء القاضى للمستحق وقع باطلا، فهذا دفع صحيح.

ولو أن البائع لم يقل: هذا، وإنما قال: إن المستحق قد كان قال قبل دعوى الحانوت التى فى يد فلان: ملك فلان ابن فلان، والآن يدعى الحانوت لنفسه، وهذا تناقض، فهذا دفع لدعوى المدعى.

١٧٢٠٥- إذا ادعى أرضًا فى يدى رجل، فقال المدعى عليه فى دفع دعواه: إن المدعى مبطل فى هذه الدعوى؛ لما أنه طلب منى أن أدفع هذه الأرض إليه مزارعة، أو قال: طلب منى أن آجر هذه الأرض منه، فهذا دفع لدعوى المدعى.

دلال دلالى كرد مردى را تا خانه بخريد از مردى، باز اين دلال همين خانه را دعوى ميكند برهمين مشترى بملكى مشترى دفع ميگويد كه اين خانه را دلالى كرده مرا تا از فلان خريدم، هل يكون هذا دفعا؟ قال: ينظر، إن كان الدلال قال للمشترى: اشتره، فإنه ملك هذا البائع، فهذا دفع وإن لم يقل، فإنه ملك هذا البائع، فهذا لا يكون

دفعًا.

١٧٢٠٦- ادعى دارًا فى يدى رجل، فقال المدعى عليه فى دفع دعوى المدعى: اشتريتها من فلان وأنت أجزت هذا البيع، فهذا لا يكون إقرارًا بالملك للمدعى عليه، ولا يكون دفعًا لدعوى المدعى.

١٧٢٠٧- قال فى الأقضية: رجل ادعى دارًا فى يدى رجل، وأقر ذو اليد أنها كانت للمدعى، ثم قال بعد ذلك: إن فلانًا أودعنيها، إن أقام البينة على الإيداع، اندفعت عنه الخصومة، سواء بدأ بالإقرار للمدعى، ثم ثنى بالإيداع أو على القلب؛ لأن أكثر ما فى الباب أنه أقر بابتداء كلامه بكون الدار ملكًا للمدعى، إلا أن كونها ملكًا للمدعى لا ينافى كون يد صاحب اليد يد أمانة، لجواز أن المقر له آجرها من الغائب، أو أعارها، ثم إن الغائب أودعها عنده، وإذا ثبت أن كونه ملك المدعى لا ينافى كون يده يد أمانة، يقبل بيانه، وإن لم يكن له بينة، إن بدأ بالإقرار للمدعى، وثنى بالإيداع، يؤمر بالتسليم إلى المدعى بعد ذلك إن حضر الغائب وصدّقه، لا ينزع الدار من يد المدعى؛ لأن حقه كان أسبق، لكن يقال للمقر له: أقم البينة على أن الدار كله لك، وإن بدأ بالإيداع، وثنى بالإقرار، يؤمر بتسليم الدار إلى المدعى؛ لأنه ثبت حق المدعى، وحق الغائب موهوم؛ لأنه قد صدق المدعى، وعسى يكذبه الغائب، وعلى تقدير التكذيب لا يثبت حق الغائب، ولو لم يقم البينة على الإيداع، ولكن علم القاضى أن الغائب أودعها إياه، لم يجعل بينهما خصومة، وكذلك لو أقر المدعى بذلك.

ولو علم القاضى أنها للمدعى، وأقام الذى فى يديه البينة أن فلانًا الغائب أودعها، لا خصومة بينهما حتى يحضر الغائب.

ولو علم القاضى أن الغائب غصبها من المدعى، وأودع ذا اليد، فإنه يأخذها من ذى اليد، ويسلم إلى المدعى. وذكر فى باب اليمين أن ذا اليد لو قال: أودعنيها الغائب، ولم يكن له بينة، يحلف إن حلف، برئ، وإن نكل، لزمه.

ولو جاء المقر له الأول، كان له أن يأخذ من المدعى؛ لأن الإقرار له سابق، ثم يقال للمقر له الثانى، أو الناكل له: أنت على خصومتك مع المقر له الأول إن أقام البينة أخذه، وإن لم يكن له بينة يحلف، إن حلف برئ، وإن نكل لزمه.

١٧٢٠٨- بائع العبد إذا طلب الثمن من المشترى، فقال المشترى : إنك مبطل فى هذه الدعوى؛ لأنك بعت الحرّ، فإنك حلفت، وقلت : إن اشتريت عبداً فهو حر، ثم اشتريت هذا العبد بعد يمينك، وعتق عليك، وبعته منى، فهذا دفع صحيح لو أثبته بالبينة، وكذلك لو قال : حلفت، وقلت : كل عبد أشتريه، فهو حر، ثم اشتريت هذا العبد بعد اليمين، حتى عتق عليك، ثم بعته منى، وكذلك لو قال : أعتقت هذا العبد قبل أن تبيعه منى، فهذا كله دفع صحيح، ذكر الفصل الأخير فى "الزيادات" من غير ذكر خلاف، وذكر الفصل الأخير فى موضع آخر عن أبى يوسف، وعن أبى حنيفة : أن بينة المشترى لا تقبل على البائع بذلك حتى لا يسترد المشترى الثمن عن البائع، ولكن يعتق العبد على المشترى لإقراره بذلك -والله أعلم- .

الفصل الرابع والعشرون
في دعوى الوصية وجحود الوارث وإقراره بالوصية لغيره
وفي دعوى الدين وجحود الوارث ذلك وإقراره بالوصية لرجل آخر

١٧٢٠٩- قال محمد رحمه الله في "الجامع": رجل مات، وترك ثلاثة أعبد قيمتهم على السواء، لا مال له غيرهم، فترك ابنا لا وارث له سواه، فأقام رجل بينة أن الميت أوصى له بعبده هذا الذي يقال له: سالم، وأنكر الوارث ذلك، وقال: لم يوص الميت لك بشيء، إنما أوصى لهذا الرجل الآخر بعبده هذا الذي يقال له: بزيع، وصدّقه المقر له بذلك، فالقاضي يقضي لصاحب البينة بسالم، ولايقضي للمقر له من بزيع شيئًا؛ لأنه تعذر تنفيذ الوصيتين؛ لأنهما يزيدان على الثلث، ومحل تنفيذ الوصايا عند عدم إجازة الورثة الثلث، وقد عدم إجازة الورثة ههنا فيما زاد على الثلث؛ لما زعم الوارث أن الميت أوصى بزيع لا غير، وتعذر تنفيذ كل وصية بمقدار النصف حتى تكون تنفيذ الوصاية بقدر الثلث؛ لأن وصية بزيع لم تثبت في حق صاحب البينة؛ لأن وصية بزيع ثبتت بالإقرار، والإقرار حجة قاصرة، فإذا تعذر القضاء بالوصيتين بكمالهما، وتعذر القضاء بالشركة، لابد من القضاء بأحدهما، وكان القضاء بما ثبت بالبينة -والبينة حجة في حق الناس كافة- أولى من القضاء بما ثبت بالإقرار، وإنه حجة قاصرة.

فإن قيل: ينبغي أن يقضى للمقر له بجميع بزيع؛ لأن بزيعًا في يد الوارث، وقد أقر الوارث أن جميعه للمقر له. قلنا: الوارث ما أقر ببزيع إقرارًا مطلقًا، إنما أقر به بجهة الوصية، والوصية تنفذ من الثلث، والقاضي لما قضى بسالم بحكم الوصية؛ لأن القضاء يكون على وفق الدعوى، وصاحب البينة ادعاه بحكم الوصية، وإذا تعين سالم محلا للوصية، خرج بزيع من أن يكون محلا لها، فالإقرار من الوارث ببزيع حصل في غير محله، فلم يصح.

توضيحه أن الإقرار ببزيع لما حصل بجهة الوصية ومحل الوصايا الثلث، كان الإقرار ببزيع من الوارث بشرط أن يسلم للوارث ضعف بزيع، وبعد ما قضى القاضي

بسالم لو قضى ببزيع بإقراره، لا يسلم للوارث ضعفه، فلا يكون تنفيذ إقراره كما أقر به.

فإن قيل: لم لا يقضى للمقر له من بزيع بقدر ثلث ما بقى من التركة سوى سالم بحكم إقرار الوارث، وبيان ذلك: أن فى زعم الوارث أن صاحب البينة مبطل فى دعواه، وأنه أخذ سالمًا بغير حق، فصار سالم بمنزلة الهالك حكمًا، ولو هلك حقيقة، وقال الوارث: إن الميت أوصى ببزيع، تنفذ الوصية فى بزيع بقدر ثلث ما بقى من التركة، وهو ثلث العبدين، فكذا ههنا.

والجواب عن هذا أن يقال: بأن القاضى لما قضى بوصية سالم، فقد قضى بجميع ما يملك الموصى الإيصاء به؛ لأن القاضى إنما يقضى بالوصية بقدر الثلث، فإذا قضى بوصية سالم، وسالم ثلث ماله، فقد امتاز ما يملك الميت الإيصاء به، ولم يبقَ فى يد الوارث شىء مما يملك الميت الإيصاء به، فجعل الابن مقرًا له بالوصية بما لا يملك الميت الإيصاء به، فوقع إقراره لغوًا.

ثم إذا قضى القاضى بسالم لصاحب البينة، لو اشترى الوارث سالمًا ببزيع، جاز الشراء، وكان ينبغى أن لا يجوز؛ لأن من زعم الوارث أن صاحب البينة أخذ سالمًا بغير حق، وأنه لم يصر ملكًا له، بل بقى على حكم ملك الميت، وصار ملكًا للمقر له، فصار الوارث مشتريًا ما هو يملكه بملك غيره أولى.

قلنا: فى زعم الوارث إن سالمًا صار ملكًا لصاحب البينة ظاهرًا عند محمد وإحدى الروايتين عن أبى حنيفة، فإن فى القضاء بالوصية بشهادة الزور روايتان عن أبى حنيفة، فى رواية ينفذ ظاهرًا، لا باطنًا، كما فى الأملاك المرسلة، وفى رواية: ينفذ ظاهرًا وباطنًا، وإذا صار سالم ملكًا لصاحب البينة ظاهرًا، أو ظاهرًا وباطنًا، بقى بزيع على ملك الوارث ظاهرًا، أو ظاهرًا وباطنًا حتى لا يزداد الوصية على الثلث، ولهذا لو باع الوارث بزيعًا من غيره يجوز، وطريقه ما قلنا، ولما كان هكذا كان فى زعم الوارث أنه يشترى ما هو ملك غيره ظاهرًا وباطنًا، أو ظاهرًا لا باطنًا، ولو كان فى زعم الوارث أن شراء سالم فاسد، ففى زعم بائعه أن شراءه صحيح، والحكم فى مثل هذا مبنى على زعم البائع، كما لو اشترى عبدًا أقر بحريته.

وكذلك لو كان الوارث اشترى سالمًا بألف درهم، كان الشراء جائزًا؛ لما ذكرنا أنه اشترى ما هو مملوك لغيره ظاهرًا وباطنًا، أو ظاهرًا لا باطنًا، إلا أن تفاوت ما بين الفصلين أن فى الفصل الأول يضمن الوارث قيمة بزيع للمقر له ببزيع، وفى الفصل الثانى يؤمر الوارث بتسليم بزيع إلى المقر له، وهذا الجواب مستقيم على قول محمد وإحدى الروايتين عن أبى حنيفة رحمه الله؛ لأن فى زعم الوارث أن سالمًا بقى على ملك الميت باطنًا عند محمد، وإحدى الروايتين عن أبى حنيفة، وأنه وصل إليه بحكم الميراث لا بحكم الشراء، وأن الشراء منه كان تخليصًا للمغصوب، فإذا وصل سالم إلى الوارث، فقد وصل إليه بحكم الميراث ثلثا ملك الميت بزعمه، فيجب تنفيذ وصية بزيع فيه؛ لأن المانع من تنفيذ وصيته عدم سلامة ضعفه للوارث، وقد زال هذا المانع لما سلم سالم للوارث بحكم الميراث، غير أن فى الفصل الأول عجز الوارث عن تنفيذ وصيته فى عينه ببيعه وتسليمه، فينفذها فى قيمته، وفى الفصل الثانى قدر على تنفيذ وصيته فى عينه، فيسلم عينه إلى المقر له.

١٧٢١٠- رجل مات وترك عبدًا قيمته ألف درهم، لا مال له غيره، فأقر الوارث أن الميت أوصى بهذا العبد لفلان، وأنى أجزت وصيته بعد موته، وأقام رجل بينة أن له على الميت ألف درهم، وجحد الوارث دينه، فإن القاضى يبيع العبد بالدين، ويقضى الدين من ثمنه؛ لأن الدين والوصية لو كانا ثابتين بالبينة، كان الدين مقدّمًا على الوصية، فإذا كان الدين ثابتًا بالبينة، والوصية ثابتة بالإقرار؛ لأن يقدم الدين كان أولى، وإنما شرط محمد رحمه الله إجازة الوارث وصية الميت لكون الوصية حاصلة بجميع مال الميت.

فإذا باعه القاضى بدين ألف درهم، وقضى دين الغريم من ثمنه، ثم إن الوارث اشترى العبد، أو رجع العبد إليه بهبة، أو وصية، أو ميراث، فأراد المقر له أن يأخذه من الوارث بإقراره له بالوصية، لا سبيل له عليه.

فرق بين هذا وبين المسألة المتقدمة، فإن فى المسألة المتقدمة إذا قضى القاضى بسالم لصاحب البينة، ثم وصل إلى الوارث سالم بشراء، أو هبة، أو وصية، فإنه يؤمر الوارث بدفع بزيع إلى المقر له بالوصية ببزيع.

والفرق : أن فى مسألتنا القاضى يبيع العبد حول حق الموصى له من العبد إلى ثمنه ، وله هذه الولاية ، بيانه : أن للقاضى ولاية بيع الموصى به إذا كان منقولا على الموصى له للحفظ عليه حال عجز الموصى له عن الحفظ بنفسه بالغيبة ، وما أشبه ذلك ؛ لما عُرف أن حفظ الدراهم أيسر من حفظ العين ، وههنا الموصى له عجز عن الحفظ بنفسه ؛ لأن القاضى حال بينه وبين العبد بسبب دين الغريم ، فقد حصل بيع القاضى عن ولاية شرعية ، فنفذ ظاهرًا وباطنًا ، فظهر العبد عن الوصية ، وتحولت الوصية إلى بدل العبد ، ولهذا لو ظهر أن الشهود على الدين كانوا عبيدًا ، لا يبطل بيع القاضى ، ويدفع ثمن العبد إلى الموصى له ، بخلاف الفصل الأول ، فإنه لو ظهر أن الشهود على الوصية بسالم كانوا عبيدًا ، يبطل قضاء القاضى ، ويدفع بزيع إلى المقر له ؛ لأنه لم يسلم له بالميراث ضعفه ، فإذا وصل إليه سالم ، فقد سلم له ضعفه ، فيلزمه رده إلى المقر له .

ولو أن الغريم مات بعد ما قبض الثمن ، وورثه وارث الميت الأول ، فإن ورث تلك الألف بعينها ، فللمقر له أن يأخذها ، وإن ورث مالا آخر غير تلك الألف ، يباع منه بقدر ألف درهم ، ويدفع ذلك إلى المقر له ؛ لأن فى زعم الوارث والمقر له أن الوصية تحوّلت إلى ثمن العبد ، وأن الغريم حين أخذ الثمن صار غاصبًا له ، وصار ذلك دينًا عليه ، والدين مقدّم على الميراث ، وزعمها حجة فى حقهما ، ولو لم يرثه وارث الميت ، ولكن أوصى الميت للمقر له بتلك الألف بعينها ، كان على الوارث أن يردها على المقر له ، وإن كان أوصى له بمال آخر ، يعطى من ذلك للمقر له قدر ألف درهم ، وصار الجواب فى الوصية نظير الجواب فى الميراث ؛ لأن الدين كما يقدم على الميراث يقدّم على الوصية أيضًا ، وإن لم يكن شيء من ذلك ، ولكن وهب الغريم للمقر له تلك الألف بعينها ، أو ألفًا أخرى ، إن كانت الهبة فى حالة المرض ، فالجواب فيها كالجواب فى الوصية ؛ لأن الهبة فى مرض الموت وصية ، وإن كانت الهبة فى حالة الصحة إن كان الموهوب تلك الألف بعينها أمر بالتسليم إلى الغريم ؛ لأنه وصل إليه عين ما أقر به ، وإن كان الموهوب ألفًا أخرى ، لا يؤمر بالتسليم إلى الغريم ؛ لأنه لم يصل إليه ما أقر له به ، ولا ما تعلق به حقه ؛ لأن دين الحر الصحيح لا يتعلق بماله على ما عرف .

ولو أن القاضى لم يبع العبد من الأجنبى بالدين ، لكن أعطاه الغريم بدينه ، فقال : هذا العبد بيع لك بدينك ، أو قال : جعلته لك بدينك ، فأخذه الغريم على هذا ، ثم إن

الوارث اشتراه منه، أو وهبه الغريم له، أو تصدق به عليه، فلا سبيل للمقر له على العبد، وهذا وما لو باعه من الأجنبى سواء؛ لأن بيع القاضى إنما يصح على المقر له بطريق الحفظ، وفى هذا المعنى البيع من الأجنبى ومن الغريم سواء، فصح بيع القاضى من الغريم، وانتقل حق الموصى له المقر له إلى الثمن.

وهذه المسألة دليل على أن البيع ينعقد بلفظ الجعل، وهذا فصل اختلف المشايخ فيه، والصحيح أنه ينعقد لوجود معنى البيع، وهو تسليم العين ببدل، والعبرة فى العقود للمعانى، لا للألفاظ، ألا ترى أن من قال لغيره: جعلت لك ابنتى بألف درهم، كان نكاحًا، لوجود معنى النكاح، كذا ههنا.

قال: ولو أن القاضى لم يبع العبد من الغريم، ولكن جعله صلحًا للغريم من ماله، بأن قال: هذا العبد صلح لك من مالك، وسلّمه إليه، ثم وصل العبد إلى الوارث يومًا من الدهر، يؤمر الوارث بتسليمه إلى الموصى له المقر له، بخلاف ما لو باعه من الغريم، ثم وصل إلى الوارث، فإن هناك لا يؤمر الوارث بتسليمه إلى الموصى له المقر له.

والفرق: وهو أن الصلح يتعلق بالدين المضاف، ولهذا لو صالح مع غيره على دين له عليه، ثم ظهر أنه لا دين، كان الصلح باطلا، وفى زعم الوارث أنه لا دين للغريم على الميت، وأن الصلح وقع باطلا، وأن حق المقر له فى عين العبد باقٍ على حاله، فإذا وصل العبد إليه، يؤمر بتسليمه إلى المقر له عملا بزعمه، أما البيع لا يتعلق بالدين المضاف إليه، ولهذا إذا باع شيئًا من غيره بالدين الذى له عليه، ثم ظهر أنه لا دين، لا يبطل البيع، فيتحول حق الموصى له المقر له من العين إلى الثمن بزعم الكل، فلهذا لا يؤمر الوارث بتسليم العين إلى المقر له متى وصل العين إليه.

١٧٢١١- رجل مات، وترك ثلاثة أعبد قيمتهم على سواء، لا مال له غيرهم، ثم شهد شهود أن الميت أوصى بهذا العبد الأكبر لهذا الرجل، وجحد الوارث فى ذلك، وأقر أن الميت كان أوصى بهذا العبد الأصغر لهذا الرجل الآخر، فلم يقض القاضى بشهادة الشهود حتى أعتق المقر له العبد المقر به، نفذ عتقه؛ لأنه أعتق ملك نفسه؛ لأن الوارث أقر بالأصغر، وصح إقراره؛ لأنه ملكه ظاهرًا، ألا ترى أن الوارث لو أعتقه بنفسه صح إعتاقه، فصح إقراره به للمقر له، فملكه المقر له، فنفذ عتقه، فإن قضى

القاضي بعد ذلك للمشهود له بالعبد المشهود به، يؤمر المقر له بتسليم قيمة العبد المقر به إلى الوارث؛ لأن الوارث ما أقر بالعبد الأصغر له مطلقًا، إنما أقر له به وصيه، وحين قضى القاضي للمشهود له بالمشهود به فقد بطلت وصية المقر له؛ لأن محل الوصية الثلث، والثلث صار موضوعا في يد المشهود له بولاية القضاء، فيلزمه رد العبد الأصغر، وتعذر رده صورة بالإعتاق، فيجب رده معنى برد القيمة.

فإن قيل: إذا بطلت الوصية للمقر له، ينبغي أن يبطل إعتاقه، كما لو كان الوارث أقر بوصية الأكبر لهذا الرجل، وأعتق المقر له الأكبر، ثم قضى القاضي لمدعى الأكبر بالأكبر بالبينة، فإنه يظهر أن العتق باطل في الأكبر، وسلّم الأكبر للمقضى له.

قلنا: في تلك المسألة قضى بعين العبد المقر به لغير المقر له، فيظهر أنه أعتق ملك الغير، وههنا ما قضى بعين المقر به لغير المقر له؛ لأن المقضى له العبد الأكبر دون الأصغر، إلا أنه في معنى البدل عن الأصغر؛ لأنه ما لم يسلم الأكبر للمقر لا يسلم الأصغر للمقر له، وكان في معنى البدل عنه من هذا الوجه، واستحقاق بدل العتق لا يوجب بطلان العتق؛ لأنه لا يظهر أنه أعتق ما لا يملك؛ لأن بدل المستحق بعد القبض مملوك للقابض ملكًا فاسدًا على ما عرف، وإذا لم يبطل العتق، وبطلت وصيته، وعجز عن رد عين العبد، وجب رد القيمة.

فإن قيل: القيمة لو وجب، وجب للوارث، وفي زعم الوارث أنه أعتق ملك نفسه، وأنه لا قيمة عليه. قلنا: القاضي لما قضى للمشهود له بالمشهود به وصية، فقد كذب الوارث فيما زعم، فالتحق زعمه بالعدم، ألا ترى أن المشترى عند الاستحقاق يرجع بالثمن على البائع، وإن كان في زعم المشترى أن المشترى ملك البائع، إلا أن القاضي لما قضى بالملك للمستحق[1]، فقد كذب المشترى في زعمه، فالتحق زعمه بالعدم، كذا ههنا.

ولو أن المقر له لم يعتق العبد المقر به حتى قضى القاضي بالعبد المشهود به للمشهود له، بطلت وصية المقر له، فإنما أعتق ما ليس بمملوك له، فلا يصح إعتاقه، ولا كذلك ما قبل قضاء القاضي للمشهود له؛ لأن قبل قضاء القاضي وصية المقر له على الصحة، فإنما أعتق المقر له ملك نفسه، فإن وصل العبد المشهود إلى يد الوارث يومًا من الدهر بوجه

من الوجوه يؤمر بتسليم المقر به إلى المقر له ؛ لأن فى زعم الوارث أن هذا العبد لم يكن موصى به ، وأنه فى يد المشهود له بحكم الغصب ، فإذا وصل إليه بطريق من الطُرق ، كان واصلا إليه بحكم الميراث ، فيؤمر بتسليم المقر به إلى المقر له ؛ لأن قبل هذا إنما كان لا يؤمر به مع إقراره أنه موصى به لانعدام شرطه ، وهو سلامة ضعفه له ، فإذا وصل إليه المشهود به بحجة الميراث ، فقد سلم له ضعف المقر به ، فأمر بالتسليم إلى المقر له .

فإن قيل : أليس إنكم قلتم : إن القاضى لما قضى للمشهود له بالمشهود به ، فقد أبطل وصية المقر له فى المقر به ، وبعد ما بطل حقه فى المقر به كيف يؤمر بتسليم المقر به إليه؟

قلنا : معنى قولنا : أبطل وصية المقر له ، أنه امتنع من تنفيذ وصيته فى المقر به لانعدام شرطه ، وهو سلامة ضعفه للوارث ، وقد وجد هذا الشرط بوصول سالم إليه ، فيجب تنفيذ وصية المقر له ، ويجوز أن يمتنع نفوذ الوصية لمعنى من المعانى ، ثم يجب تنفيذه عند زوال ذلك المعنى ، ألا ترى أن من أوصى بعبد لإنسان ، ثم مات وعليه دين مستغرق ، فإنه لا يجب تنفيذ الوصية فى العبد لمكان الدين ، فإن سقط الدين بمعنى من المعانى نحو الإبراء ، أو ما أشبهه ، فإنه يجب تنفيذ الوصية فيه ، لزوال المانع ، كذا ههنا ، أو نقول : إن القاضى وإن أبطل وصية المقر له ، إلا أن الوارث مصرّ على إقراره بالوصية له ، فأمر بالتسليم بحكم هذا الإقرار ، ثم قال : ولا يعتق العبد المقر به على المقر له بذلك الإعتاق السابق ، فلم يصح هذا العتق من المقر له على سبيل التوقف ، وإن وُجد بعد سبب الملك له ، وهو إقرار الوارث والعتق مما يتوقف على المعتق إذا وجد بعد وجود سبب الملك ، أما عند محمد فإنما لم يتوقف هذا العتق على المقر له ؛ لأنه توقف[1] على مالك ظاهر ، وهو الوارث ، فإن المقر به ملك الوارث ظاهر ، ولهذا لو أجاز الوارث هذا العتق ينفذ عليه .

والأصل عند محمد : أن العتق متى توقف على إجازة مالك ظاهر ، لا يتوقف على غيره ، كما فى المشترى من الغاصب إذا أعتق ، فإنه لا يتوقف عليه ؛ لأنه توقف على إجازة مالك ظاهر ، فلا يتوقف على غيره ، كما فى المشترى ، وبهذا الحرف يقع

(١) وكان فى الأصل وم : "بالملك له للمستحق" .

الفرق فى مسألتنا ، ومسألة المشترى من الغاصب على مذهبه ، وبينما إذا أوصى الرجل بعبده لإنسان ، ثم مات الموصى وعليه دين يحيط بماله ، ثم إن الغرماء أبرأوا الميت عن الدين ، فإن العتق ينفذ على الموصى له ؛ لأن هناك ما توقف العتق على إجازة أحد سوى الموصى له ، فأما الغرماء أو الورثة لو أجازوا ذلك العتق لا ينفذ ، فجاز أن يتوقف على إجازة الموصى له ، وأما عند أبى حنيفة وأبى يوسف : فإنما لم يتوقف هذا العتق على المقر له ؛ لأنه وجد قبل سبب الملك ، أو بعد وجود سبب قاصر ، والعتق عندهما قبل وجود سبب الملك ، أو بعد وجود سبب قاصر لايتوقف ، بيان ذلك العتق من المقر له إنما حصل بعد ما أبطل القاضى وصيته ، وكذب الوارث فى إقراره بالقضاء بالمشهود به للمشهود له ، وهو السبب المتعين لملك المقر له ، إلا أن[1] الوارث مصرّ على إقراره ، فأمر بتسليم المقر به إلى المقر له بالإقرار الموجود بعد الإعتاق ، فكان الإعتاق حاصلا قبل سبب الملك ، وإن لم يبطل السبب بقضاء القاضى ، لا أقل من أن ينتقض السبب ، والأصل عندهما أن العتق إنما يتوقف بعد وجود تمام سبب الملك ، وبهذا الحرف خرج مسألة المشترى من الغاصب ؛ لأن هناك العتق وجد بعد تمام سبب الملك على ما عرف فى تلك المسألة ، أما ههنا بخلافه .

---

(١) هكذا فى ظ ، وكان فى الأصل وم : "ومتى ظهر الإقرار" .

الفصل الخامس والعشرون
فى دعوى الرجلين عبداً فى يد آخر، ودعوى كل واحد منهما الإيداع من صاحب اليد وإقرار صاحب اليد لأحدهما، وفى دعوى الرجل عيناً فى يدى رجل، وإقرار صاحب اليد بالعين له، ثم دعوى صاحب اليد الإيداع من جهة غيره

١٧٢١٢- قال محمد رحمه الله فى "الجامع": عبد فى يدى رجل ادعاه رجلان، كل واحد منهما يدعيه أنه عبده، أودعه الذى هو فى يده، وذو اليد يجحد ذلك أو لا يجحد، ولا يقرّ، بل يسكت، فالقاضى يسمع بينتهما عليه؛ لأن الساكت أنزل منكرًا حتى يصل المدعى إلى إثبات حقه، وهذا لأن المدعى استحق الجواب عليه إما بـ"نعم"، أو بـ"لا"، والسكوت يحتمل الأمرين، فأثبت الإنكار؛ لأنه أقل الأمرين؛ لأنه احتيج فى الاستحقاق به إلى قرينة أخرى، وهى البينة.

فلو أن القاضى سمع شهادة شهودهما، إلا أنه لم يقض بشهادة الشهود لعدم ظهور عدالتهم حتى أقر ذو اليد لأحد المدعيين بعينه أنه عبده أودعه من الذى هو فى يديه، فإن القاضى يدفع العبد إلى المقر له؛ لما مرّ، وإذا ظهرت عدالتهم يقضى بالعبد بينهما نصفان، وكان ينبغى أن يقضى بجميع العبد للذى لم يقر له ذو اليد؛ لأن ذا اليد لما أقر به لأحد المدعيين، فقد صار العبد مملوكًا له رقبة ويدًا، وترك المقر له مع غير المقر له بمنزلة ذى اليد مع الخارج إذا أقاما البينة على الملك المطلق، وهناك يقضى بكل العبد للخارج، واعتبره بما إذا أقر لأحدهما قبل إقامتهما البينة، ثم أقاما البينة، وهناك يقضى بالعبد لغير المقر له بالطريق الذى قلنا.

والجواب وهو الفرق بينما قبل إقامة البينة، وبينما بعدها: أن التزكية لا تجعل الشهادة حجة، بل يظهر كونها حجة موجبة للاستحقاق من وقت وجودها، فإذا كانت الشهادة قبل وجود الإقرار حجة، فعند ظهور العدالة يظهر الاستحقاق قبل الإقرار،

وتبيّن أن الإقرار كان باطلا من شخص هو ليس بمالك ، ومتى بطل[1] الإقرار بطل التصديق ؛ لأنه يقضى عليه ، وصار وجودهما والعدم بمنزلة ، ولو لم يوجدا يقضى بينهما ، فكذا إذا صار وجودهما والعدم بمنزلة ، فأما إذا كانت الشهادة بعد الإقرار ، فعند ظهور العدالة لا يظهر الاستحقاق قبل الإقرار ، فلا يتبين أن الإقرار كان باطلا ، وإذا لم يبطل الإقرار ، صار المقر له صاحب يد ، وغير المقر له خارج ، فيقضى ببينة الخارج .

عبارة أخرى للفرق بينهما أنهما إذا أقاما البينة قبل الإقرار[2] ، فقد استحق كل واحد منهما القضاء بجميع العبد عند تزكية بينة على الانفراد ، وبنصف العبد عند تزكية بينته وبينة صاحبه ، فهو بإقراره لأحدهما يريد إبطال الاستحقاق الثابت لكل واحد منهما عليه ، أما استحقاق المقر له : فلأنه يقول له : من حيث المعنى أنا مقرّ لك بالملك فى العبد ، والبينة إنما يسمع على الجاحد لا على المقر ، فيبطل استحقاقه عليه بالبينة ، أما استحقاق الآخر ، فلأنه يقول له من حيث المعنى العبد ملك المقر له ، وفى يدى أمانة ، ويد الأمانة ليست بيد خصومة ، وليس له ولاية إبطال الاستحقاق الثابت لكل واحد منهما بإقراره ، فصار وجود هذا الإقرار منه ، والعدم بمنزلة والتقريب ما ذكرنا ، فأما إذا أقر قبل إقامة البينة فليس فى هذا الإقرار إبطال الاستحقاق لهما عليه ؛ لأن كل واحد منهما لم يستحق عليه شيئًا قبل إقامة البينة ؛ لأن مجرد الدعوى لا يصلح سببًا للاستحقاق ، فصح إقراره ، وصار المقر له صاحب يد ، والتقريب ما ذكرنا .

وكذلك لو أقام كل واحد منهما شاهدًا واحدًا على دعواه ، ثم إن صاحب اليد أقر بالعبد لأحدهما ، فالقاضى يدفع العبد إلى المقر له ؛ لما ذكرنا ، ولا يبطل ما أقام كل واحد منهما من الشاهد الواحد ، حتى لو أقام كل واحدمنهما بعد ذلك شاهدًا آخر ، يقضى بالعبد بينهما ؛ لأن كل واحد منهما استحق القضاء بهذا العبد عند تمام الحجة ، فهو بهذا الإقرار يريد إبطال استحقاق كل واحد منهما ، فلا يقدر عليه .

توضيحه : أن كل واحد منهما قصد إثبات ملك مؤكد بالحكم ، والإقرار لا يفيد له ذلك ، فصار وجود إقراره فيما هو مقصود والعدم بمنزلة ، فإن أقام غير المقر له شاهدًا

---

(١) هكذا فى ظ ، وكان فى الأصل وم : "بعد الإقرار" .

(٢) هكذا فى الأصل وم ، وكان فى ظ : "المقر" .

آخر ، قضى بالعبد له ؛ لأن شهادة الشاهد الأول لما لم تبطل ينضم شهادة الثانى إلى شهادة الأول ، فتمّت الحجة فى حق غير المقر له ، ولم تتم الحجة فى حق المقر له ، فيقضى بجميع العبد لغير المقر له لهذا ، فإن لم يقض القاضى لغير المقر له فى هذه الصورة حتى أقام المقر له شاهدًا آخر ، قضى بالعبد بينهما ؛ لأن الحجة قد تمّت فى حق المقر له أيضًا ، وهما خارجان من حيث المعنى ، ولا رجحان لأحدهما على صاحبه ؛ لأن كل واحد منهما ادّعى الاستحقاق على صاحب اليد ، ولم يدّع أحدهما الاستحقاق من جهة صاحب اليد ، كما فيما تقدم ، فلم يترجح أحدهما على الآخر ، فيقضى بالعبد بينهما .

فإن لم يقض القاضى بالعبد بينهما نصفان فى هذه الصورة حتى قال غير المقر له : أنا أعيد شاهدى الأول على المقر له على أن العبد لى وأعاد ، فالقاضى يقضى بكل العبد لغير المقر له ؛ لأنه لما أقام شاهده الأول على المقرّله ، فقد ترك الاستحقاق الثابت له بحكم شهادة الشاهد الذى شهد على صاحب اليد ، وأبطل شهادة ذلك الشاهد ، وعند ذلك ينفذ إقرار المقر ؛ لأن عدم نفاذ إقراره قبل هذا ، كيلا يبطل ما أقام غير المقر له من الشهادة ، فإذا رضى ببطلانه ، فقد زال المانع ، فنفذ إقرار المقر ، فصار المقر له صاحب اليد ، ووقع الدعوى بين الخارج وبين صاحب اليد ، فيقضى بالعبد للخارج .

فإن قال المقر له[1] : أنا أعيد شاهدى الأول أن العبد عبدى لم يلتفت إليه ؛ لأنه صار مقضيّا عليه ، ولأنه لا يتصور فى حقه أن يترك الاستحقاق الثابت له بما أقام من الشاهد على ذى اليد ، وتستأنف الخصومة استئنافًا مع غير المقر ؛ لأنه صاحب يد ، فلا يسمع منه البينة على الملك المطلق .

فإن قال : غير المقر له قد مات شاهدى الأول ، أو غاب يقال له : هات بشاهد آخر ، فأقمه على المقر له حتى يقضى لك بكل العبد ، وهذا لأن شهادة الشاهد الأول ، لا تبطل بموته ، ولا بغيبته ، وكان موته وغيبته وبقاءه حيّا سواء ، فإذا أقام شاهدًا آخر يُضمّ الشاهد الثانى إلى الشاهد الأول ، فيقضى له بالعبد كله إلا أن يقيم المقر له شاهدًا آخر مع شهادة الأول قبل القضاء لغير المقر له ، فحينئذٍ يقضى بالعبد بينهما ؛ لأن هذه الخصومة بناءً على الخصومة الأولى ، وهما خارجان فى تلك الخصومة من حيث المعنى .

---

(١) هكذا فى الأصل وم ، وكان فى "ظ" : "المقر" .

قال : أو يقيم المقر له شاهدين مستقلين ، فيقضى بينهما ، كما لو أقام كل واحد منهما شاهدًا آخر ، وهذه المسألة من المسائل التى كتب محمد بن سماعة بن الحسن رحمهما الله يستفرقه بينهما ، وبين المسألة التى فيها طعن القضاة الثلاثة ، فكتب إليه محمد رحمه الله أن الصحيح أن يقضى بالعبد بينهما ، ثم فرّق بينما لو أقام غير المقر له شاهدين مستقلين على المقر له ، وبينما أقام المقر له شاهدين مستقلين على غير المقر له ، فقال : إذا أقام غير المقر له شاهدين مستقلين يقضى بكل العبد له ، وقال : إذا أقام المقر له شاهدين مستقلين يقضى بالعبد بينهما .

والفرق : بينهما هو أن لغير المقر له أن يستأنف الخصومة مع المقر له ؛ لأن ما يدّعيه غير المقر له فى يد المقر له ، فصار المقر له خصمًا ، وهو ذو اليد وغير المقر له خارج ، فيقضى بالعبد للخارج .

فأما المقرّ له ، فلا يمكنه أن يجعل الذى ليس بمقر له خصمًا ، فيستأنف الخصومة معه ؛ لأنه لابد لغير المقر له ، فاعتبر إقامة الشاهدين بناء على الخصومة الأولى ، كأنه أقامها على ذى اليد ، فبقيت خارجين ، فيقضى بالعبد بينهما لهذا .

فإن قيل : إن لم يمكن أن يجعل إقامة شاهدين مستقلين من المقر له على سبيل استئناف الخصومة مع المدعى لاستحقاق العبد عليه يمكن أن يجعل هذا منه إبطالا ؛ لما أقام غير المقر له من الشاهد الأول الذى أقامها على المقر له ، كما جعل فيما تقدم وهو ما إذا ادعى ذو اليد أنه لفلان أودعنيه ، فقيل : أن يقضى القاضى ببينة مدعى الشراء حضر فلان ، وأقام البينة أنه له أودعه من ذى اليد ، كما أقرّ حيث يبطل به بينة مدعى الشراء ، فههنا يجب أن يكون كذلك .

والجواب ثمّة أمكن قبول بينته على إبطال بينة المدعى للشراء ؛ لأن المقر له ببينته يثبت أن مدعى الشراء أقام البينة على مودعه وهو غائب ، وبينة المدعى على المودع حال غيبة المودع باطلة ، فأمكن قبول بينته لإبطال بينة المدعى .

أما فى مسألتنا لا يمكن قبول بينة المقر له على إبطال ما أقام غير المقر له من الشاهد ؛ لأن أكثر ما فى الباب أنه يثبت أن غير المقر له أقام البينة على المودع ، لكن المقر له حاضر ، وبينة المدعى على المودع حال حضرة المودع مقبولة ، فلهذا افترقا .

١٧٢١٣- قال محمد رحمه الله: عبد فى يدى رجل ادعاه رجلان، كل واحد منهما أقام بينة أنه عبده أودعه الذى فى يديه، وصاحب اليد جاحدًا وساكت، وقضى القاضى بالعبد بين المدعيين لاستواءهما فى الحجة، ثم إن أحد المدعيين أقام بينة أن العبد عبده، لم ينتفع بتلك البينة، ولا يقضى على صاحبه بشىء؛ لأن كل واحد من المدعيين صار مقضيًا عليه فى النصف الذى قضى به لصاحبه؛ لأنه ببينته استحق الكل ولو لا بينة صاحبه لقضى له بكل العبد، فإنما حرم كل واحد عن النصف ببينة صاحبه، فصار هو مقضيًا عليه فى شىء لا يصير مقضيًا له فى عين ذلك الشىء.

فإن قيل: كيف يجعل كل واحد من المدعيين مقضيًا عليه فى النصف الذى صار لصاحبه، ولم يكن له فى ذلك النصف ملك قبل القضاء لصاحبه.

قلنا: إن لم يكن له فيه ملك، كان له حق الملك؛ لأنه أقام البينة أن الكل له، وأنها توجب حقيقة الملك عند اتصال القضاء بها، وقبل اتصال القضاء بها، يوجب حق الملك، وحق الملك معتبر بحقيقة الملك، ولو ثبت الحقيقة يصير مقضيًا عليه، كذا ههنا، ولو عدّلت بينة أحدهما، ولم يعدل بينة الآخر، أو لم يقم الآخر شاهدًا واحدًا، فقضى به لمن عدلت بينته، ثم جاء الآخر بينة عادلة، قضى له به؛ لأنه لم يصر مقضيًا عليه به من جهة صاحبه؛ لأنه لم يكن له فى المقضى به لا حقيقة الملك، ولا حق الملك، لانعدام الحجة الموجبة للقضاء، والقضاء على الإنسان بإزالة الاستحقاق الثابت له، فإذا لم يكن الحق ثابتًا له كيف يتصور إزالته، فعلم أنه لم يصر مقضيًا عليه، فسمع دعواه، وبينته بعد ذلك.

ولو أقام أحدهما البينة، فلم يزك بينته حتى أقر ذو اليد أن العبد الذى لم يقم البينة أودعه إياه، ودفع القاضى العبد إلى المقر له، ثم زكيت بينة الذى أقامها، وأخذ صاحب البينة العبد من المقر له، ثم إن المقر له أتى ببينة أنه عبده أودعه إياه ذو اليد، قبلت بينته، وقضى له بالعبد؛ لأن المقر له لم يصير مقضيًا عليه؛ لأن بينة غير المقر له قامت على ذى اليد، وجعل المقر له كالوكيل عنه على ما مر قبل هذا.

فإن قيل: الملك يثبت للمقر له بإقرار ذى اليد، وبتصديق المقر له إياه، ثم استحق عليه بالقضاء ببينة المدعى، فيجعل المقر له مقضيًا عليه. قلنا: إقرار ذى اليد كان بعد

إقامة المدعى بينة على ذى اليد، وعند ظهور عدالة الشهود يثبت الاستحقاق من وقت الشهادة، فظهر أن إقرار ذى اليد كان باطلا ؛ لأنه ظهر أنه لم يكن مالكًا للعبد، وإذا بطل إقراره بطل تصديق المقر له ؛ لكونه بناء عليه، وإذا بطل الإقرار والتصديق، صار وجودهما، والعدم بمنزلة، ولو عدمًا، وباقى المسألة بحالها، كان المقضى عليه الذى كان العبد فى يده دون المقر له، كذا ههنا.

وكذلك لو أقام المقر له البينة على ما ذكرنا قبل القضاء لصاحبه ببينته، يقضى للمقر له، وتبطل بينة صاحبه ؛ لأن ببينته المقر له ظهر أن بينة صاحبه قامت على مودع المقر له، وهو ليس بخصم، والبينة متى قامت على غير خصم كان باطلا.

فإن قيل : بينة المدعى متى قامت على المودع المقر له إنما يبطل إذا كان المقر له غائبًا وقت إقامة البينة على مودعه، أما إذا كان حاضرًا كانت مقبولة، كما فى ما تقدم، وتكون إقامة البينة على مودع المقر له، وههنا المقر له كان حاضرًا وقت إقامة المدعى البينة.

قلنا : المقر له وإن كان حاضرًا وقت إقامة البينة على الذى كان العبد فى يديه حقيقة ههنا، لكنه غائب حكمًا ؛ لأنه ليس بخصم للمدعى وقت إقامة البينة ؛ لأنه لم يكن للمقر له فى العبد لا ملك ولا حق، ولم يثبت له زيادة خصوصية بهذا العبد من بين سائر الأجانب، وهو كونه بحال لو أقام شاهدًا واحدًا يقضى له، فصار غائبًا[1] حكمًا، بخلاف ما تقدم ؛ لأن ثمة إن لم يكن للمقر له حقيقة الملك، ولا حق الملك بإقامة الشاهد الواحد، ولكن له زيادة خصوصية فى هذا العبد من بين سائر الأجانب ؛ لأنه صار بحال يستحق هذا العبد بإقامة شاهد واحد، فكانت خصوصية معتبرة واعتبار، بخلاف ما نحن فيه على ما مرّ.

فإن قال غير المقر له : أنا أعيد شهودى على المقر له، هل تقبل بينته؟ فهذا على وجهين : إن كان ذلك بعد ما قضى ببينة المقر له، لا تسمع بينته ؛ لأنه صار مقضيًا عليه ببينة المقر له، وإن كان ذلك قبل القضاء ببينة المقر له، قبلت بينته ؛ لأنه لم يصر مقضيًا عليه، ثم يقضى له بجميع العبد ؛ لأنه لما أعاد البينة فقد أبرأ ذا اليد عن الخصومة،

---

(١) وفى الأصل : "ولو لم يثبت".

ورضى بنفاذ إقراره، واستأنف الخصومة مع المقر له على المقر له على ما مر، فتقررت يد المقر له، واجتمع بينة الخارج وبينة ذى اليد، وكانت بينة الخارج أولى.

١٧٢١٤- قال محمد رحمه الله فى "الجامع": دار فى يدى رجل ادعاها رجل آخر، فأقر الذى فى يديه الدار أنها كانت للمدعى، وفلان أودعنيها، وأقام البينة على ذلك، فلا خصومة بينهما، فإقرار صاحب اليد أنها كانت للمدعى لا يناقض دعواه الإيداع من فلان الآخر؛ لأن الجمع بينهما ممكن، فلعل إنها كانت للمدعى، ثم صارت لفلان الآخر بوجه من الوجوه، ثم إن فلانًا أودعها صاحب اليد، وإذا لم يكن بين الكلامين تناقض، يجب قبوله ببينته على ما ادعى من الإيداع، وإن لم يقم البينة على ما ادعى، لا يندفع عنه الخصومة؛ لأنه أقر بالملك للمدعى، وتوجهت عليه الخصومة باعتبار يده، ولم يثبت ما يخرجه من الخصومة، وهو كونه مودعًا من جهة غيره، فلا تندفع الخصومة عنه، ويؤمر بتسليمها إلى المدعى بحكم إقراره، فإن حضر فلان، وصدّق صاحب اليد فيما قال: لا ينزع الدار من يد المدعى حتى يقيم الحاضر بينة أنها له؛ لأن صاحب اليد أقر بالدار للمدعى أولا، وصح إقراره له من حيث الظاهر، وصارت مستحقة للمدعى، وإنما أقر للغائب بعد ذلك، وكان الإقرار للغائب ملاقيًا ملك المدعى، فلا يصح، ويقال للغائب: إن شئت أن تأخذ الدار من يد المدعى، وأقم البينة عليه، وكذلك لو أن صاحب اليد بدأ بالإقرار بالوديعة، بأن قال: هذه الدار أودعنيها فلان، وهى لهذا المدعى، إن أقام البينة على الإيداع تندفع الخصومة، وإن لم يقم لا تندفع عند الخصومة، ويؤمر بتسليمها إلى المدعى.

وإن أقرا أولا للغائب، ثم للمدعى، فالأصل عندنا أن من أقر بعين لغائب، ثم حاضر، وصدّقه الحاضر فى إقراره، يؤمر المقر بتسليم العين إلى الحاضر؛ لأن تصديق الحاضر اتصل بإقراره، ولم يتصل تصديق الغائب بإقراره، وعسى يصدقه، وعسى لا يصدقه، فلا يتعطل[1] هذا الإقرار والتصديق لأمر موهوم، فإن أحضر المقر له بالوديعة البينة أنها داره، إلا أن تصديقه أسند إلى وقت إقراره، وكان إقراره بالوديعة أولا، فظهر أن استحقاقه كان سابقًا، وإن الإقرار للمدعى لاقى حق صاحب الوديعة، فوقع باطلا،

---

(١) وكان فى الأصل: "فلا يبطل".

فيؤمر المدعى بتسليم الدار إليه، ويقال له: إن شئت أخذ الدار فأقم البينة.

ولو أن المدّعى صدّق صاحب الوديعة فى أنها وديعة فلان، فلا خصومة بينهما اعتبارًا للثابت بالتصادق بالبينة معاينة.

ولو علم القاضى أن الدار لرجل، فصارت بعد فى يدى آخر، فخاصمه الذى كانت الدار له إلى القاضى، فقال الذى الدار فى يديه: إن فلانًا أودعنيها، وأقام على ذلك بينة، فلا خصومة بينهما، ولا يخرج الدار من يدى الذى كانت فى يديه حتى يحضر فلان؛ لأن الثابت بالبينة العادلة إذا قبلت كالثابت عيانًا، ولو عاين القاضى هذا، دفع الخصومة بكون الدار للمدعى فى زمان، لا تجعل الذى فى يديه الدار متناقضًا فى دعوى الإيداع من الغائب، لجواز أنها كانت للمدعى، ثم باعها، أو آجرها، أو رهنها من فلان من الذى فى يديه.

ولو علم القاضى أن فلانًا غصبها من الذى كانت له، وأودعها الذى فى يديه، أخذها من الذى فى يديه، ودفعها إلى الذى علم أنها كانت له؛ لأنه علم أن يد ذى اليد مبطلة، بخلاف ما لو علم أن فلانًا أودعها هذا الذى فى يديه، ولم يعلم أنه غصبها من المدعى؛ لأن هناك لم يعلم بكون يد ذى اليد مبطلة، بل شك فى ذلك يجوز أن يكون المدعى باع من فلان، ثم إن فلانًا أودعها من ذى اليد، فلا تكون يده مبطلة، فلا يجب نقضها، ويجوز أن يكون فلان غصبها من المدعى، ثم أودعها من ذى اليد، فتكون يده مبطلة، فيجب نقضها، فلايجب نقضها بالشك.

ثم إن محمدًا رحمه الله اعتبر علم القاضى فى هذه المسألة حتى قال: إذا علم القاضى أن فلانًا غصبها من المدعى، يأخذها من صاحب اليد، ويدفعها إلى المدعى، وهذا جواب رواية الأصول.

وروى ابن سماعة عن محمد رحمه الله: أن القاضى بعلمه لا يقضى، قال ابن سماعة: رجع محمد إلى هذا القول فى آخر عمره، وقال: القاضى لا يقضى بعلمه، وإن استفادالعلم فى حالة القضاء، حتى يشهد معه شاهد واحد، قال: لعل القاضى غالط فيما يقول، فشرط مع علمه شهادة شاهد آخر، حتى يصير علمه مع شاهد آخر فى معنى شاهدين -والله أعلم-.

الفصل السادس والعشرون
فى دعوى الوكالة والكفالة والحوالة

١٧٢١٥- رجل من وكلاء باب القاضى ادعى قبل القاضى على رجل أنه وكيل من جهة فلان ابن فلان ابن فلان الغائب بإثبات حقوقه وديونه على الناس، وللغائب على هذا عشرة دراهم قرض، مره حتى يسلم إلىّ، فلم يجب المدعى عليه، لكن وكيل آخر من وكلاء القاضى بحضرة المدعى عليه أجاب، وقال: إن موكلى يقول: ليس على هذه العشرة، وليس لى علم بهذه الوكالة، فأقام الوكيل شاهدين على التوكيل، وطلب الحكم من القاضى، فقضى القاضى بثبوت وكالته، والمدعى عليه ساكت لم يجب أصلا، وتوكيل الوكيل من المدعى عليه ليس بثابت، هل يصح هذا الحكم؟ وهل يثبت التوكيل؟ قيل: لا، وبه كان يفتى الإمام ظهير الدين، وهى واقعة العامة فتحفظ.

١٧٢١٦- رجل استأجر كرمًا إجارة طويلة، وغاب، وبعد ذلك جاء رجل، وقال: أنا وكيله بقبض المال، وفسخ الإجارة، وأنكر هو التوكيل، وأقر بالباقى يقضى.

رجل ادعى عند القاضى بثبوت الوكالة بحضرة المدعى عليه، كان ذلك قضاء على الغائب.

١٧٢١٧- ادعى أن وكيل فلان باستيفاء الدين من رجل، فادعى المديون الإبراء والإيفاء، قال المدعى: عزلنى الموكل، إن كان التوكيل بالتماس الخصم لا يملك عزله، فلا تسمع هذه الدعوى، وإن كان بغير التماس منه، يثبت الدعوى إذا أقام البينة على الغرماء على العزل، أما بدون البيّنة فلا.

ولو قال: لست بوكيل، وصدّقه الخصم، لا يسمع، رأيتُ هذا فى أنه إذا صالح مع الخصم، ثم قال: لست بوكيل، وأراد استرداد ما دفع، وصدّقه الخصم، لا يسمع.

١٧٢١٨- ادعى على آخر الكفالة[1] بمال الإجارة معلقة بالفسخ، وقال: إنى قد

---

(١) وكان فى الأصل: "بمال الكفالة".

فسخت الإجارة، ولزمك المال، وأقام على ذلك بينة، والآجر غائب، قبلت بينته، ويكون ذلك قضاء على الآجر، فانتصب الكفيل خصمًا عنه؛ لأن المدعى إذا ادعى المال على الكفيل، ولا يمكنه إثبات ذلك على الكفيل إلا بإثبات على الأصيل، فينتصب الكفيل خصمًا عنه، وإذا أدى الكفيل، رجع على الآجر إن كانت الكفالة بأمره، وإن كانت بغير أمره، لا يرجع عليه، فإن حضر الآجر قبل أن يأخذ المدعى من الكفيل شيئًا، وأنكر الفسخ، لم يلتفت إلى إنكاره، فكان الفسخ ماضيًا.

١٧٢١٩- ادعى على آخر أنه كفل له أنه إن مات فلان مجهلا[1] لوديعتى وهى كذا، فضمانها علىّ، وقد مات فلان مجهلا[2] لوديعتى، وأقام البينة عليه هل تسمع هذه الدعوى؟ فقد قيل: تسمع هذه الدعوى، وقد قيل: لا تسمع.

وفى دعوى الكفالة لابد وأن يقول: وأنا أجزت كفالته مجلس الكفالة، وبه كان يفتى الشيخ الإمام ظهير الدين، وقد قيل: لا يشترط ذلك، ودعوى الكفالة يتضمن ذكر الإجازة، كدعوى البيع يتضمن ذكر الشراء، حتى إن من ادعى على آخر أنك بعت منى كذا بكذا، لا يحتاج إلى أن يقول: وأنا اشتريت.

١٧٢٢٠- ادعى الكفالة بالمال معلقة بعدم تسليم النفس فى يوم كذا، والمال الذى وقعت الكفالة به وجب على الأصيل بسبب الصلح، وإنه كاسد اليوم، لابد وأن يبين فى دعواه أن الصلح على أى شىء كان؛ لينظر أنه هل يصح؟ ولو صح، هل فسد بكساد البدل قبل القبض، كما يفسد البيع بكساد الثمن قبل القبض؟

١٧٢٢١- اشترى عبدًا بألف درهم، وقبض العبد بإذن البائع، وطلب البائع الثمن، فقال المشترى: قد كنت أحلته على فلان، وفلان غائب، وأقام على ذلك بينة، قبلت بينته، ويتعدى ذلك إلى الغائب، وفى مثل هذا ينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب، وكثير من هذا الجنس ذكرناها فى "كتاب أدب القاضى"، وسيأتى بعد ذلك فى كتاب الكفالة والحوالة -إن شاء الله-.

---

(١) وكان فى الأصل: "مجملا".

(٢) وكان فى الأصل: "جملا".

الفصل السابع والعشرون
فى دعوى العتق

بعض مسائل هذا الفصل قد مرّ قبل هذا .

١٧٢٢٢- عبد فى يدى رجل، قال : إنى كنت عبداً لهذا الرجل، وأنا اليوم حر؛ لما أنه قال لى : اگر دو سال كار من كنى تو آزاد، ومن دو سال كار او كردم، وأقام على ذلك بينة، قبلت بينته، وحكم بعتقه .

١٧٢٢٣- عبد ادعى أنه حر الأصل فى موضع لم يسبق منه الإقرار بالرق، وقضى القاضى بحريته؛ لما أن القول فى ذلك قوله، لا يرجع المشترى بالثمن على بائعه عند بعض المشايخ، وعند بعضهم يرجع، والحيلة للمشترى فى ذلك حتى يرجع بالثمن على البائع أن يدعى المشترى على العبد الرق، ويقول : أقر لى بالرق، ويقيم البينة عليه، ثم يقيم العبد البينة على أنه حر الأصل، فيرجع المشترى حينئذٍ بالثمن على البائع .

١٧٢٢٤- عبد فى يدى رجل يزعم أنه ملكه، وادعى العبد عليه أنه أعتقه، وشهد الشهود أنه حر الأصل، لا تقبل، وكذلك لو ادعى العبد أنه حر الأصل، وشهد الشهود أن صاحب اليد أعتقه، لا تقبل، وقيل : تقبل، وعلى العكس لا تقبل، وقيل : تقبل فى الوجهين جميعًا .

١٧٢٢٥- ادعى غلامًا فى يدى رجل أنه ملكه، أعتقه منذ سنة، فالقاضى يسأل المدعى البينة على الملك، لا على العتق؛ لأنه إذا أقام البينة على العتق، ولم يكن له بينة، يحلف المدعى عليه على الملك .

١٧٢٢٦- ادعى على امرأة بأنها أمته، فأقامت الأمة بينة أنها كانت لفلان، وأنه أعتقها، وأقام المدعى بينة أن فلانًا ذلك قد أقر أن هذه الأمة أمتى ومملوكتى، فإن أرّخا وتاريخ الإقرار أسبق، قضى بالملك للمدعى، وإن لم يؤرخا، يجعل كأنهما وقعا معًا، الإقرار والإعتاق بالملك للمدعى، فيقضى بالعتق ببينة الأمة .

١٧٢٢٧- ادعت حرية الأصل، ثم ادعت حرية عارضية، يسمع، وكذلك [لو ادعى العبد أنه حر الأصل، وكذلك][1] على العكس، يجب أن يسمع.

١٧٢٢٨- الجارية إذا تداولتها الأيدى، فادعت أنها حرة الأصل، أو ادعت عتقًا عارضيًا بتاريخ قبل تاريخ البياعات، ورجع المشترى الآخر على بائعه، وكذلك بائعه رجع على بائعه، وأبى البائع الأول الرجوع عليه، ففيما إذا ادعت حرية الأصل إن لم يسبق منها إقرار بالرق، لا نصا ولا دلالة من انعقاد البيع، وما أشبه ذلك، على ما عرف فى كتاب الإقرار، ليس له أن يأبى؛ لأن حرية الأصل ثبتت بمجرد قولها فى حق الناس كافة، إذا لم يسبق منها إقرار بالرق، ولو سبق منها إقرار بالرق، كان للبائع الأول أن يأبى الرجوع عليه؛ لأن حرية الأصل لا تثبت بمجرد قولها فى موضع سبق منها الإقرار بالرق، وفيما إذا ادعت عتقًا عارضيًا، كان للبائع الأول أن يأبى الرجوع عليه على كل حال؛ لأن العتق العارضى لا يثبت بمجرد قولها، وفى كل موضع قضى القاضى بحرية الأصل لا يشترط حضرة العبد والأمة لرجوع المشترى على البائع بالثمن -والله أعلم-.

---

(١) ما بين القوسين فى الأصل فقط.

الفصل الثامن والعشرون
فى دعوى النسب

هذا الفصل يشتمل على أنواع :

الأول: فى بيان مراتب النسب:

١٧٢٢٩- قال أصحابنا رحمهم الله : لثبوت النسب مراتب ثلاثة : أحدها : بالنكاح الصحيح ، وما هو فى معناه من النكاح الفاسد ، والحكم فيه أنه يثبت النسب من غير دعوى ، وله أن ينفيه ما لم يقر بنسبه صريحًا ، أو يظهر منه ما يكون اعترافًا به من قبول تهنئة أو شراء متاع الولادة ، أو تطاول المدة مع العلم بالولادة ، أو يقع الاستغناء ، أو يقع فيه حكم لا يقبل النقض والإبطال متى وجد واحد من هذه الأسباب ، لا يملك النفى بعد ذلك ، أما إذا أقر بنسب الولد صريحًا ؛ لأن الإقرار بنسب الولد إقرار بحقوق مالية نحو النفقة والميراث ، وأشباه ذلك اقتضاء ، ولو أقر له بهذه الحقوق صريحًا ، لا يعمل رجوعه بعد ذلك ، فكذلك لو أقر له بذلك اقتضاء ، وأما إذا قبل التهنئة فلأن قبول التهنئة إقرار بالولادة دلالة ؛ لأنه لو لم يكن الولد منه ، ما حل له قبول التهنئة ، فدل قبول التهنئة على أن الولد منه .

وأما إذا اشترى متاعًا للولادة ، فلأنه أقر بالولد دلالة عادة ، فإن العادة أن الإنسان لايشترى متاعًا للولادة إذا لم يكن الولد منه .

وأما إذا وقع الاستغناء عن نفيه فلأن بعد ما وقع الاستغناء عن نفيه لا يكون فى النفى فائدة ، والشرع لا يرد[1] بما لا يفيد .

وأما إذا تطاولت المدة فلأن ترك النفى مدة طويلة مع العلم بالولادة دليل الإقرار بالولد ظاهرًا ؛ لأن الظاهر أن الإنسان لا يترك النفى مدة طويلة مع العلم بالولادة إذا لم

---

(١) وفى الأصل : "والشرع لا يريد عملا بقيد يفيد" .

يكن الولد منه ، والمرجع فى معرفة تطاول تلك المدة العرف والعادة إذا مضى من المدة ما ينفى فيها الولد عادة ، ولم ينف ، فليس له أن ينفيه بعد ذلك ، هذه رواية أبى حنيفة ، وروى عنه رواية أخرى : أنه يفوّض ذلك إلى رأى القاضى .

وعن أبى يوسف ومحمد : أنهما قدرا المدة الطويلة بالأربعين ، فبعد الأربعين لا يصح النفى ، وأما إذا وقع فيه حكم لا يقبل النقض ، بيانه : فيما إذا جنى هذا الولد جناية ، وقضى القاضى على عاقلة الأب بالأرش .

لا يستطيع نفى هذا الولد ؛ لأنه وقع فيه حكم لا يقبل النقض والبطلان ؛ لأنا حكمًا بنسب هذا الولد من الأب ؛ لما قضينا بالأرش على عاقلته ، والقضاء بالأرش على العاقلة بعد ما صح لا يقبل النقض والإبطال ، ومتى صار نسب الولد مقضيًا به بحكم لا يقبل البطلان ، لا يصح نفيه بعد ذلك ، ولا يمكن قطعه لهذا ؛ لأنه لا يمكن قطعه إلا بعد قطع ذلك الحكم ، ولا يمكن قطع ذلك الحكم ، فامتنع النفى والقطع .

وبيانه فى مسألة أخرى روى عن أبى يوسف رحمه الله : رجل جاءته امرأته بولد ، فنفاه ، ولم يلاعنها حتى قذفها أجنبى بالولد ، فحدّ يثبت النسب ، ولا تلاعن بينهما ، والمعنى ما ذكرنا ، وبعد ما وجد النفى ، لا ينتفى نسب الولد إلا باللعان ، وشرائط جريان اللعان عرفت فى كتاب الطلاق .

١٧٢٣٠- المرتبة الثانية : أم الولد ، والحكم فيها أن نسب ولدها يثبت بدون الدعوة إذا كانت بحال يحل للمولى وطءها ، أما إذا كانت لا يحل للمولى وطءها ، لا يثبت النسب من المولى بدون الدعوة ، وللمولى أن ينفيه إذا لم تتطاول المدة مع العلم بالولادة ، ولا يقر به صريحًا ، ولم يقع الاستغناء عن نفيه ، ولم يقع فيه حكم ، لا يقبل النقض والإبطال .

وعن هذا قلنا : إذا جنى هذا الولد جناية ، وقضى القاضى على عاقلة المولى بالأرش ، أو جنى عليه ، وقضى القاضى بالأرش جناية الأحرار والقصاص ، لا يستطيع أن ينفيه المولى بعد ذلك ؛ لأنه وقع فيه حكم لا يقبل النقض والإبطال ؛ لأنا حكمنا بحريته بسبب أن ولده لما قضى على عاقلته بالأرش ، إن كان جانيًا ، وقضى له بأرش الأحرار ، إن كان مجنيًا عليه ، والحرية مما لا تقبل النقض والإبطال ، ومتى حكمنا بنسب

الولد منه بحكم لا يقبل النقض والإبطال، ولا يمكن نفيه، وقطع نسبه بعد ذلك لا يمكن قطعه إلا بعد نقض ذلك الحكم، وذلك الحكم لا يقبل النقض.

ولم يذكر في ولد أم الولد ما إذا قبل، لاشك أنه يكون إقراراً، فقد ذكر في عتاق الفتاوى: أنه لو هنأ المولى بولد الأمة، فسكت، يكون إقراراً، فقبول التهنئة أولى أن يكون إقرار التهنئة فيه، ولو مات هذا الولد، لا يملك المولى نفيه، أما إذا ترك مالا فلوجهين: أحدهما: أنه صار محكومًا بكونه مخلوقًا من ماءه بحكم لا يقبل البطلان وهو الميراث؛ فإنه ورث منه بالولادة، والوراثة منه بالولادة حكم بكونه مخلوقًا من ماءه، والإرث لا يقبل القطع والإبطال.

والثاني: أنه وقع الاستغناء عن نفيه؛ لأن مقصود المولى من نفيه أن لا يستحق هذا الولد عليه أحكام النسب، وهو غير مخلوق من ماءه، وقد حصل هذا المقصود للمولى بموت الولد، أما إذا لم يترك مالا، فللوجه الثاني.

١٧٢٣١ - وإذا زوّج الرجل أم ولده من رجل، ومات عنها زوجها، أوطلقها، وانقضت عدتها، ثم جاءت بولد لستة أشهر منذ انقضت، فهو ابن المولى، وله أن ينفيه ما لم يوجد منه أحد الأسباب التي ذكرنا، وهذا لأنه لما انقضت عدتها، حلت للمولى، وعادت فراشًا له؛ لأن بانقضاء العدة يرتفع النكاح بحقوقه من كل وجه، وهو المانع من ظهور فراشه، وإذا ظهر حكم فراش المولى، صار الحال بعد انقضاء العدة كالحال قبل النكاح، وقبل النكاح له أم الولد إذا جاءت بالولد كان ثابت النسب، وكان للمولى أن ينفيه ما لم يوجد واحد من الأسباب التي ذكرناها، كذا ههنا.

١٧٢٣٢ - وإذا حرّم المولى أم ولده على نفسه، أو حلف أن لا يقربها، فجاءت بولد، لزمه ما لم ينفِه؛ لأن فراشها لا يبطل بتحريم المولى، ولا بالإيلاء، ألا ترى أنه لا يبطل فراش النكاح بالتحريم والإيلاء، فكذا فراش ملك اليمين إلا أن الإيلاء في النكاح يبطل النكاح بعد أربعة أشهر، والإيلاء في الأمة لا يبطل ملك اليمين؛ لأن الإيلاء يصير طلاقًا بعد مضى أربعة أشهر في المنكوحة، ولا يصير طلاقًا في الأمة، فيبقى يمينًا.

١٧٢٣٣ - ولو وطئها أب المولى، أو ابن الميت، فحرمت على المولى، ثم جاءت بولد بعد ذلك لأكثر من ستة أشهر، لا يلزمه، ولو جاءت به لأقل من ستة أشهر،

يلزمه ؛ لأن حرمة المصاهرة يزيل الفراش فى ملك النكاح ، ففى ملك اليمين أولى ؛ لأن فراش ملك النكاح أقوى من فراش ملك اليمين ، إلا أنه يزول لا إلى عدة ، ثم جاءت بالولد ، وكان بمنزلة ما لو زال فراش النكاح قبل الدخول بها لا إلى عدة ، ثم جاءت بالولد ، وهناك لو جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر ، ثبت النسب من الزوج ، وإن جاءت به لستة أشهر ، لا يثبت النسب منه ، كذا ههنا .

١٧٢٣٤- وإذا نفى المولى نسب ولد أم الولد ، ينتفى نسبه بمجرد النفى ، وهذا لأن ثبات النسب يبتنى على الفراش ، وفراش المنكوحة أقوى وآكد من فراش أم الولد ؛ لأن فراش المنكوحة يزول بسبب واحد ، وهو الطلاق ، ولا يزول بالتمليك من الغير ، فإنه لو زوّج منكوحته من غيره ، لا يزول فراش الزوج ، وفراش أم الولد يزول بسببين : وهو الإعتاق والتمليك من غيره ، وما يزول بسببين[1] أضعف مما يزول بسبب واحد ، وإذا كان فراش المنكوحة أقوى وآكد ، فالنسب الثابت بناء على هذا الفراش يكون أقوى ، فلم يجز أن ينتفى بما ينتفى به نسب أم الولد ؛ لأنه حينئذٍ يكون تسوية بين الأقوى والأضعف ، وإنه لا يجوز .

وههنا دقيقة يجب حفظها : أنه إنما ينتفى به نسب[2] أم الولد بمجرد النفى إذا لم يحدث العتق فى الأم ، وسيأتى بعد ذلك هذا فى نوع يتعلق بمسائل أم الولد وولد أم الود -إن شاء الله- .

١٧٢٣٥- المرتبة الثالثة : الأمة ، والحكم فيها أن نسب ولدها بعد الولادة لا يثبت بدون دعوة المولى ، ويستوى فى ذلك أن يدعى المولى نسب ولدها بعد الولادة ، أو يدعى نسبه وهو فى بطنها ، بأن قال : هذا الحمل الذى فى بطن أمتى هذه منى ، أو قال : هذا الولد الذى فى بطن هذه منى ، ولو قال : إن كان فى بطن جاريتى هذه غلام فهو منى ، وإن كان جارية فهو من فلان ، أو قال : فليس منى ، فولدت ابنة ، ثبت نسبها منه ، هكذا ذكر فى عتاق عصام .

١٧٢٣٦- وفى "الأصل" : رجل له أمة حامل ، فقال : إن كان حملها غلامًا ، فهو

---

(١) هكذا فى ظ ، وكان فى الأصل وم : "ويزول ما يكون أضعف" .

(٢) هكذا فى جميع النسخ ، ولكن الصحيح : "نسب ولد أم الولد" .

منى، وإن كان جارية، فهو من فلان، أو قال: فليس منى، فولدت غلامًا وجارية لأقل من ستة أشهر، ثبت نسبهما منه، وكان ينبغى أن لا يثبت؛ لأنه علق الدعوة بشرط الدعوة منه بد، فلايصح[1]، كما لو علقها بدخول الدار.

بيانه: أنه علّق الدعوة بكون الحمل غلامًا، وكون الحمل غلامًا أمر للدعوة منه بد، فإنه لو قال: هذا الحمل منى، كانت دعوته صحيحة، وإن كان الحمل جارية، وكان كون الحمل غلامًا كدخول الدار من هذا الوجه، بخلاف ما لو قال: إن كان لها حمل، فهو منى؛ لأن هذا تعليق الدعوة بما لا بد للدعوة منه؛ لأنه لا بد لدعوة الحمل من وجود الحمل.

والجواب: الدعوة ههنامعلّقة بأصل الحمل لا بصفة فى الحمل، والتعليق بأصل الحمل صحيح، بيانه: أنه وإن ذكر صفة الحمل، إلا أنا لو اعتبرنا حقيقة الصفة، يبطل التعليق. ولو جعلنا ذكر الصفة عبارة عن الحمل مجازًا، يصح التعليق، ويمكن جعل الصفة مجازًا عن الموصوف لاتصال بينهما، كما يقال: أعطيته جزيلا، أى عطاءً جزيلا، ويصير تقدير كلامه إن كان حملها حملا على الحقيقة، فهو منى، ولما قال بعد ذلك: وإن كان جارية، فليس منى، فتقديرها أيضًا: وإن كان حملها حملا على الحقيقة، فليس منى، فيصح الإقرار، ولا يصح الرجوع بعد ذلك، بخلاف دخول الدار؛ لأن دخول الدار لا يمكن أن يجعل عبارة عن أصل الحمل؛ لأنه لا اتصال بينهما، فتبقى الدعوة معلقة بالدخول حقيقة، وإنه أمر منه به لصحة الدعوة، وبخلاف ما إذا قال: إن كان حملك غلمًا، فهو حر، فولدت لأقل من ستة أشهر جارية، حيث لا يعتق الجاية؛ لأن تعليق العتق بالصفة صحيح، فلا ضرورة إلى أن يجعل صفة مجازًا عن أصل الحمل، أما ههنا بخلافه، وإنما يثبت نسبهما مع أنه ادعى نسب أحدهما؛ لأنا تيقنا بوجودهما فى البطن وقت الدعوة، فدعوة نسب أحدهما، ودعوة نسبهما على السواء، وقد ذكرنا جنس هذه المسائل فى كتاب العتاق فى فصل أم الولد.

١٧٢٣٧- وفى "نوادر بشر بن الوليد" عن أبى يوسف رحمه الله: فى أمة حامل أقر سيدها أنها حامل منه، فجاءت بولد لأكثر من ستة أشهر، أو لستة أشهر، فنفاه،

---

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وم: "فلا يصلح".

قال : لا يكون ابنه، وتكون أم ولده بإقراره، وكذلك إن لم تلد، ولكن أسقطت سقطًا لم يستبن خلقه .

١٧٢٣٨- وفى "المنتقى" عن أبى حنيفة رحمه الله : وإذا عالج الرجل جاريته فيما دون الفرج، وأنزل، فأخذت الجارية ماءه فى شىء، واستدخلته فرجها فى حدثان ذلك، فعلقت الجارية، وولدت ولدًا، فإن الولد ولد الرجل، والجارية تصير أم ولده، ولو هنّى المولى بولد الأمة، فسكت، رُوى عن محمد رحمه الله : أنه لا يكون اعترافًا، بخلاف ولد الحرة وولد أم الولد، ولو قبل المولى التهنئة، كان اعترافًا .

ومما يتصل بهذا النوع:

١٧٢٣٩- ما روى إبراهيم عن محمد : فى رجل وطئ جارية له، ولم يبوئها بيتا، ولم يحصنها[1]، قال أبو حنيفة رحمه الله : له أن ينفى ولدها ويبيعها، وأما فى قولى فأحب أن يعتق ولدها، ويتمتع منها، فإذا مات أعتقها .

وذكر المعلى عن أبى يوسف فى رجل له أمة يطئها ويحصنها، ولا يعزل عنها، فجاءت بولد، لا يسعه أن ينفيه فى قول أبى حنيفة وقولى، وأحب إلى أن يدعيه إذا كان يطئها ولم يحصنها .

ومما يتصل بهذا أيضًا:

١٧٢٤٠- إذا ولدت أمة الرجل ولدًا، فادعت أن مولاها أقر به، وجحد المولى ذلك، فأقامت على ذلك شاهدين، فشهد أحدهما أنه ابنه وُلد على فراشه، وشهد الآخر أن المولى أقر به، فالقاضى لا يقبل شهادتهما؛ لأن المشهود به قد اختلف؛ لأن أحدهما شهد على الولادة، وإنها فعل، والآخر شهد على إقرار المولى بها، وإنه قول، والقول مع الفعل مختلفان .

---

(١) وفى الأصل : "ولم يخصها" .

فإن قيل : كيف يعلم أن هذه الولادة ولد على فراشه؟ قلنا : أصل الولادة يعلمها الشاهد بطريقين بالمعاينة إن اتفق له ذلك ، كما في الزنا ، أو بالشهرة والتسامع ، وكونها على فراشه يعلم شرعًا إن كانت الوالدة منكوحة ، أو أم ولد ؛ لأن له فراشًا على المنكوحة ، وعلى أم الولد شرعًا ، وإن كانت الوالدة أمة يعلم بإقرار المولى أنها ولدت منه على فراشه ؛ لأن الأمة لا تصير فراشًا للمولى ما لم يقر بولادتها منه .

فإن قيل : إذا كان طريق وقوف الشاهد ولادة ولد الأمة على فراش المولى إقرار المولى أنها ولدت منه ، كانت الشهادة على الولادة على فراشه شهادة على إقرار المولى أنها ولدت منه ، فينبغي أن تقبل الشهادة في هذه المسألة ؛ لأن شهادة كل واحد منهما قامت على القول .

قلنا : المشهود به شيئًان : الولادة والفراش في الأمة ، والفراش في الأمة إن كان لا يعلم الشاهد إلا بإقرار المولى ، فالولادة يعلمها من غير إقرار المولى بالمعاينة ، فشهادتهما على الفراش إن قامت على القول معنى ، فشهادتهما على الولادة[1] قد اختلفت ، فلا تثبت الولادة بهذه الشهادة ، وما لم تثبت الولادة ، فالفراش لا يكفي .

وإن اتفق الشاهدان على إقرار المولى أنها ولدت منه ، قبلت شهادتهما لاتفاقهما على الإقرار ، ويصير الإقرار الثابت بالبينة كالإقرار الثابت عيانًا ، وكذلك إذا شهدا على نفس الولادة على فراشه ، قبلت شهادتهما ، لاتفاقهما على نفس الفعل ، وهو الولادة .

١٧٢٤١- وإذا كان المولى من أهل الذمة ، والأمة مسلمة ، فشهد شاهدان ذميان أنه أقر أنه ابنه منها ، وأنها ولدته على فراشه ، فهذا على وجهين : الأول : أن تدعي هي وجحد المولى ، وفي هذا الوجه الشهادة مقبولة ، ونسب الولد ثابت منهما ، أما من المولى ، فلأن المولى ذمي ، وشهادة الذمي على الذمي مقبولة ، وأما منها فإن كانت مسلمة ؛ لأنها ادعت أنها صارت أم ولد له ، وكانت هذه شهادة ذمي قامت للمسلم على الذمي .

---

(١) وكان في الأصل : "فشهادتهما على الولادة على فراشه شهادة على إقرار المولى أنها ولدت منها ، ما قامت على القول ، فلا يثبت أن تقبل الشهادة في هذه المسألة ؛ لأن شهادة كل واحد منهما قامت على القول ، قلنا : المشهود به على الولادة قد اختلف الخ" هذه العبارة مكررة من مواضع شتى .

الوجه الثانى: أن يدعى المولى وجحدت الأمة، وفى هذا الوجه لاتقبل الشهادة؛ لأن هذه شهادة ذمى قامت على المسلم، قال شمس الأئمة رحمه الله: تأويل المسألة على الوجه الثانى أنها تجحد المملوكية للمولى، أما لو أقرت بالمملوكية، فالمولى ينفرد بدعوة النسب، ويثبت نسب الولد منه، وتصير الجارية أم ولد له بإقراره، ولا عبرة لتكذيبها.

ومما يتصل بهذا الفصل أيضاً فى معرفة أم الولد:

١٧٢٤٢- فنقول: أم الولد الجارية التى يستولدها الرجل بملك اليمين، أو استولدها بملك النكاح، ثم اشتراها بعد ذلك، أو ملكها بسبب آخر، أو استولدها بشبهة، ثم اشتراها بعد ذلك، أو ملكها بسبب آخر، وهذا مذهبنا، وقال الشافعى: إذا استولدها بحكم النكاح، ثم اشتراها لا تصير أم ولد له.

وإذا استولدها بالزنا، ثم ملكها، القياس أن تصير أم ولد له، وهو قول زفر، وفى الاستحسان: لا تصير أم ولد له، وهو قول علمائنا الثلاثة، والمسألة تأتى بعد هذا -إن شاء الله تعالى-.

وكذلك إذا قال الرجل: تزوجت هذه الجارية، وولدت منى، ولا يعلم ذلك إلا بقوله، وأنكر ذلك المولى الذى هى له، فإذا ملكها الذى أقر بهذا بعد ذلك، تصير أم ولد له عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله.

١٧٢٤٣- وإذا أسقطت أمة الرجل سقطًا استبان خلقه، أو بعض خلقه، تصير أم ولد له، وإن لم يستبن شيء من خلقه، لا تصير أم ولد له عندنا، وفى "المنتقى" قال أبو يوسف: إذا أقر الرجل أن جاريته هذه قد أسقطت منه، فهذا إقرار أنها أم ولده، قال: إنما يقع اسم السقط على ما يبين خلقه، أما إذا لم يبن خلقه، لا يسمى سقطًا، وقد ذكرنا هذه المسائل فى كتاب العتاق.

نوع آخر

في المسائل التي تتعلق بنفي الولد:

قال محمد رحمه الله: إذا تزوج الرجل امرأة، وجاءت بولد لستة أشهر منذ تزوجها، والزوجان حرّان مسلمان، فادعى أحدهما أنه ابنه، وكذّبه الآخر، فهو ابنه منهما؛ لأن هذا الولد ولد النكاح القائم بينهما؛ لما جاءت لستة أشهر منذ تزوجها، وولد النكاح ثابت النسب من صاحب النكاح، لا ينتفي نسبه إلا باللعان.

وكذلك لو قال الزوج: هذا الولد كان من زوج قبلي، وقالت المرأة: بل هو منك، فهو ولد هذا الزوج؛ لأنه ولد النكاح القائم بينهما، ولا لعان بينهما، ولا حدّ على الزوج؛ لأنه لم يقذفها بالزنا، إنما نسبها إلى وطء حلال، فلا يوجب حدًا ولا لعانًا، وقال الزوج: ولدته من الزنا، وكذبته، يلاعن بينهما، ويقطع نسب الولد من الزوج، ويلحق بالأم، وإن صدقته، فهو ابنهما؛ لأن اللعان لا يجرى بين المتصادقين.

١٧٢٤٤- وإذا ولدت المرأة ولدين في بطن واحد، وأقر الزوج بالأول منهما، ونفى الآخر، فهما ابناه، وتلاعن بينهما لقطع النكاح؛ لأنهما لا يتجزآن في حق ثبات النسب، فإذا أقر بأحدهما فكأنه أقر بهما، فإذا نفى الآخر بعد ذلك، فكأنه نفاهما جميعًا.

ولو أقر بهما، ثم نفاهما يتلاعنان لقطع النكاح إن كانا يتلاعنان لقطع النسب، فكذا ههنا، فإن كان نفى الأول منهما، وأقر بالثاني، جلد الحد، وكانا ابنيه؛ لأنه لما نفى الأول، فكأنه نفاهما، فإذا أقر بالآخر فكأنه أقر بهما، ولو نفاهما ثم أقر بهما، لا يلاعن؛ لأنه أكذب نفسه، والملاعن إذا أكذب نفسه يجلد، ولا يلاعن؛ لما نبين بعد هذا -إن شاء الله- وإذا امتنع اللعان، بقيا بابني الزوج من النسب.

١٧٢٤٥- وإذا تزوج الرجل امرأة، وجاءت بولدين، فنفاهما الزوج، وقضى القاضي باللعان، فمات أحدهما، يعني أحد الولدين قبل اللعان، فهما ابنا الزوج، ويلاعن لقطع النكاح، وإنما كانا ابني الزوج؛ لأنه تعذر قطع نسب الميت منهما باللعان،

فيتعذر قطع نسب الحى تبعًا له، فبقى نسبهما ثابتًا من الزوج.

فإن قيل: أمكن قطع نسب الحى باللعان، فيمكن قطع نسب الميت تبعًا له.

قلنا: اعتبار جانب الحى يوجب قطع نسبهما، واعتبار جانب الميت يوجب ثبوت نسبهما، ووقع الشك فى القطع والنسب كان ثابتًا، فلا يقطع بالشك.

وكذلك لو لم يمت واحد من الولدين، ولكن مات الزوج، أو المرأة قبل اللعان، فالولدان ثابتَا النسب منهما؛ لأنه تعذر إقامة اللعان بعد موت أحد الزوجين.

وكذلك لو التعنا عند القاضى، إلا أن القاضى لم يفرّق بينهما، ولم يلزم الولد أمه، حتى مات الزوج أو المرأة، فالولدان ثابتَا النسب منهما؛ لأن بمجرد اللعان لا ينقطع نسب الولد من الزوج، ما لم يقطعه القاضى؛ لأن قطع النسب من جملة اللعان، وإقامة اللعان بعد موت أحد الزوجين متعذر، فكذا قطع النسب الذى هو من جملة اللعان.

١٧٢٤٦- وإذا ولدت امرأة الرجل ولدًا، فنفاه الزوج، ولاعن القاضى بينهما، وفرّق بينهما، وألزم الولد أمه، ثم ولدت ولدًا آخر فى ذلك البطن، فإن الولدين يلزمان الأب؛ لأن نسب الثانى يثبت من الزوج؛ لأنه لم يوجد فيه نفى، ولا لعان، وثبات النسب الثانى يوجب ثبات النسب الأول.

فإن قيل: هلاّ اعتبرتم جانب القطع، فقلتم: قطع نسب الأول يوجب قطع نسب الثانى؟ قلنا: اعتبار الثانى فى حق النسب أولى من اعتبار الأول فى حق القطع؛ لأنا إذا اعتبرنا الثانى فى حق ثبات النسب، ويثبت نسب الأول باعتبار الثانى، كان فى ذلك إبطال النفى فى حق المنفى، وأنه جائز، كما لو أكذب الملاعن نفسه، ولو اعتبرنا الأول فى حق القطع، وانقطع نسب الثانى باعتبار الأول، فقد انقطع نسب الحبل باللعان، وقطع نسب الحبل باللعان غير مشروع، فكان اعتبار الثانى فى حق إثبات النسب، وفيه إثبات أمر مشروع أولى من اعتبار الأول فى حق القطع، وفيه إثبات أمر غير مشروع.

ولو كانت ولدتهما جميعًا، وعلم بأحدهما ونفاه ولاعن، وألزمه القاضى أمه، وفرّق بينهما، ثم علم بالآخر، فهما ابناه؛ لأن نسب الذى علم بعد ذلك ثابت من الزوج؛ لأنه لم يوجد فى حقه نفى ولا لعان، ومن ضرورة ثبوت نسبه ثبوت نسب

الآخر ؛ لأنهما لا يختلفان في النسب ؛ لكونهما توأمان .

فإن قيل : لم لا يجعل نسب أحدهما باللعان قطعًا في حق الآخر؟ قلنا : اللعان يعتمد النفي في حق الآخر ، ولم يوجد من حيث الصريح ، لو جعل النفي موجودًا في حق الاخر إنما يجعل موجودًا من حيث المعنى ، إلا أن النفي لا يثبت من حيث المعنى ، بل يعتمد الصريح ، وإذا لم يوجد في حق الآخر نفي صريح ، لا يثبت اللعان في حق الآخر ، فكان الآخر ثابت النسب ما لم يقطع باللعان ثانيًا ، وأما اللعان ثانيًا فمتعذر ؛ لأن الزوجية انقطعت بهما لفرقة بينهما ، ولأن الذي انقطع نسبه باللعان يحمل الثبوت منه بالإكذاب ، والذي بقي ثابت النسب منه بعد ما قضى القاضي بينهما بالفرقة ، فنسبه لا يحتمل النفي عنه ؛ لأن انتفاء نسب ولد النكاح باللعان ، واللعان بعد وقوع الفرقة ممتنع ، وكان الترجيح لجانب إثبات النسب ، ولأن النسب يثبت في موضع الشبهة ، ولا ينتفي بمجرد الشبهة ، فكان الترجيح لجانب الإثبات .

ولو علم بالثاني قبل أن يفرّق القاضي بينهما ، فنفاه ، فالقاضي يعيد اللعان بينهما لأجل الثاني ، ويقطع نسبهما من الزوج ؛ لأن النفي في حق الثاني وُجد صريحًا ، وإقامة اللعان ممكن ، فيعاد اللعان ، ويقطع نسب الثاني من الزوج ، كما قطع نسب الأول .

١٧٢٤٧- وإذا أكذب الملاعن نفسه ، وادعى نسب الولد بعدما فرق القاضي بينهما ، وألزم الولد أمه إن كان الولد حيًا ، يثبت نسب الولد منه ؛ لأنه بالإكذاب بطل اللعان ؛ لأن اللعان شهادة ، والشهادة تنفسخ برجوع الشاهد ، وإذا بطل اللعان صار وجوده كعدمه ، ولو عدم اللعان كان الولد ثابت النسب من الزوج ، فكذا ههنا ، ويقام عليه الحد ؛ لأنه ملاعن أكذب نفسه ، والحكم في مثله الحد ، ثم يقام عليه الحد ، سواء كانت المرأة حيّة أو ميتة ، إن كانت حية ، فلا إشكال ؛ لأنه صار قاذفًا حية محصنة ، وإن كانت ميتة فلأنه يصير قاذفًا لها بالقذف السابق عند الإكذاب ، فيصير قاذفًا لها ، وهي ميتة ، ومن قذف ميتة كان على القاذف الحد ، وهذا إذا كان الولد حيًا ؛ لأن الحي محتاج إلى أن يتشرف بالنسب ، ويتحمل به ، فلا تصح دعوته .

فإن ترك هذا الولد المنفي ابنًا أو بنتًا ، أو ابن ابن ، فادعاه الملاعن ، صحّت دعوته ؛ لأن الميت إن استغنى عن النسب ، فولده محتاج إليه ، حتى يثبت نسبه من الجدّ ،

فيتشرف به وحاجة ولده، وهو بعضه كحاجة نفسه، ولو كان المنفى حيًا محتاجًا إلى النسب، أليس أنه يصحّ دعوته؟ فكذا إذا كان بعضه محتاجًا إليه، ولو كان الولد المنفى بنتًا، فماتت وتركت بنتًا، أو ابنًا، ثم أكذب الملاعن نفسه، لم يصدّق، ولم يرث فى قول أبى حنيفة، وفى قولهما: يصدّق ويرث، فوجه قولهما: إن ولد الابن كما هو محتاج إلى نسب أبيه، فولد الابنة محتاج إلى نسب أمه؛ لأن الإنسان كما ينسب إلى أبيه ينسب إلى أمه، وكما يتشرف بشرف الأب يتشرف بشرف الأم، ويصير كريم الطرفين، فكان فى الفصل الأول جعل بقاء ولد الولد المنفى كبقاء الولد المنفى، فكذا فى هذا الفصل يجعل كذلك، ولأبى حنيفة رحمه الله أن هذا الولد غير منسوب إلى الملاعن؛ لأن نسب الولد إلى قوم أبيه، لا إلى قوم أمه، فلا يعمل إكذاب الملاعن نفسه فى حقه، بخلاف الفصل الأول.

١٧٢٤٨- وإذا لاعن الرجل بجارية، وألزمها الأم، ثم أراد ابن الملاعن أن يتزوّجها، لم يكن له ذلك، ويفرّق بينهما، وكذلك الملاعن نفسه لو ادّعى أنه لم يدخل بالأم، وتزوّج بالنسب يفرق بينهما، وهذا لأن النسب باقٍ فى حق حرمة المناكحة، كما فى حق حرمة وضع الزكاة عنده وقبول الشهادة.

بيانه: أن النسب وإن انقطع باللعان حقيقة إذا كان ممكن الإعادة، يعتبر قائمًا حكمًا، هذا أصل ممهّد فى قواعد الشرع، فإذا كان النسب بعد اللعان منقطعًا حقيقة قائمًا حكمًا، كان من وجه منقطعًا من وجه، فاعتبرناه منقطعًا فى حق الميراث والنفقة، واعتبرنا قائمًا فى حق حرمة وضع الزكاة، وقبول الشهادة أخذا بالاحتياط فى كل فصل، ولأجل ما ذكرنا، قلنا: بأنه لايصح دعوة غيره نسب ولد الملاعنة؛ لأن النسب من الأول باقٍ من وجه.

نوع آخر

فى بيان ولد المطلقة:

١٧٢٤٩- طلّق الرجل امرأته، ثم جاءت بولدين، فهذه المسألة على وجهين: إما أن كان الطلاق رجعيًا، أو بائنًا، وكل وجه من ذلك على ثلاثة: إما أن جاءت بهما لأقل

من سنتين، أو جاءت بهما لأكثر من سنتين، أو جاءت بهما لأقل من سنتين بيوم، وبالآخر لأكثر من سنتين بيوم، وبدأ محمد فى الكتاب بالطلاق الرجعى، فقال: إذا جاءت بولدين لأقل من سنتين من وقت الطلاق، ولم تقر المرأة بانقضاء العدة، فنفى الزوج الولد الأول، ثم ولدت الثانى فهما ابناه؛ لأنهما ولدًا النكاح ونسب ولد النكاح لا ينقطع إلا باللعان، واللعان ههنا متعذر.

بيانه: أن المرأة وإن كانت منكوحة له وقت نفى الولد الأول لقيام العدة، إلا أنها لما ولدت الثانى بعد ذلك، فقد انقضت عدتها، وانقضاء العدة فى الطلاق الرجعى بقطع النكاح، وانقطاع النكاح بعد النفى يمنع جريان اللعان لقيام الزوجية وقت النفى، والعقد متى انعقد موجبًا للعان لا يوجب الحد بعد ذلك إلا بإكذاب الملاعن نفسه، ولم يوجد الإكذاب ههنا، وإن جاءت بهما لأكثر من سنتين، وقد نفى الأول، فإنه لا يلاعن بينهما لقطع النكاح، وقطع النسب يكون موقوفًا إن نفى الثانى قطع نسبهما منه، وإلا فلا، أما لا تلاعن بينهما لقطع النكاح؛ لأنا نتيقن أن العلوق بالولدين من وطء بعد الطلاق؛ لأن الولد لا يبقى فى البطن أكثر من سنتين عندنا، فصار الزوج مراجعًا لها، فولادة الولد الثانى حصلت بعد رجعة الزوج، فيكون النكاح قائمًا وقت ولادة الولد الثانى، فهما من أهل اللعان، فيجرى اللعان بينهما، وإنما كان قطع النسب موقوفًا على نفى الثانى؛ لأن نفى الأول لا يكون نفيًا للثانى فى حق اللعان، فبقى الثانى ثابت النسب، وثبوت نسب أحدهما يوجب ثبوت نسب الآخر، فلهذا توقف قطع النسب على نفى الثانى.

فإن قيل: كان ينبغى أن لا يقطع نسبهما، وإن نفى الثانى؛ لأنا حكمنا بكون الولدين مخلوقين من ماءه؛ لما حكمنا بالرجعة، وكون الولد مخلوقًا من ماءه يمنع قطع النسب باللعان، كما لو كان مقرًا به.

قلنا: اختلفت عبارة المشايخ فى الجواب، فعبارة بعضهم أن الحكم بكون الولد مخلوقًا من ماءه لو ثبت إنما يثبت إذا ثبت الحكم بالرجعة بوطء الزوج، ولم يحكم بالرجعة بوطء الزوج؛ لأن الرجعة كما تثبت بالوطء تثبت بدواعى الوطء ومقدماته، وهى المسّ عن شهوته.

وعبارة بعضهم وهو الأصح أنا وإن حكمنا بكون الولدين مخلوقان[1] من ماءه، فإنما حكمنا به بالرجعة، والرجعة مما تقبل الإبطال بعد ثبوتها، فإنه لو طلّقها ثلاثًا بعد الرجعة تبطل الرجعة، والحكم بكون الولد مخلوقًا من ماء الإنسان إذا كانت بسبب حكم يقبل البطلان، لايمنع القطع باللعان، ألا ترى أن قبل النفى حكمنا بكون الولد مخلوقًا من ماءه؛ لما حكمنا بثبات النسب، ثم لم يمنع ذلك جريان اللعان، وقطعه به لما كان النسب يقبل القطع والإبطال بعد الثبوت.

وإن جاء بأحدهما لأقل من سنتين بيوم، وجاءت بالآخر لأكثر من سنتين بيوم، ونفى الزوج الأول منهما، فالجواب فيه عند أبى حنيفة وأبى يوسف كالجواب فيما إذا جاءت بهما لأقل من سنتين بيوم؛ لأنهما يجعلان الثانى تبعًا للأول؛ لأنه لابد من جعل أحدهما تبعًا للآخر؛ لأنهما خلقا من ماء واحد، فكان جعل اللاحق تبعًا للسابق أولى؛ لأن للسبق أثرًا فى كثير من الأحكام.

وعند محمد: الجواب فيه كالجواب فيما إذا جاءت بهما لأكثر من سنتين؛ لأنه يجعل الأول تبعًا للثانى؛ لأن العلوق بالثانى متيقن أنه بعد الطلاق؛ لأن الولد لا يبقى فى البطن أكثر من سنتين، والعلوق بالأول مشكوك، يجوز أن يكون بعد الطلاق، ويجوز أن يكون قبله، ولا شك بأن جعل المتيقن أصلا أولى، هذا الذى ذكرنا إذا كان الطلاق رجعيًا، فإن كان الطلاق بائنًا، فإن جاءت بهما لأقل من سنتين من وقت الطلاق، فهما ابناه؛ لأنهما ولدَا النكاح، وتعذر قطع نسبهما باللعان لانقطاع الزوجية، وعلى الزوج حدّ القذف؛ لأنه قذفها وهى أجنبية عنه محصنة، وإن جاءت بهما لأكثر من سنتين لا يثبت نسبهما من الزوج، ولا حد على الزوج، وإن قذفها وهى أجنبيّة؛ لما أنها فى صورة الزانيات؛ لأن فى حجرها ولد لم يثبت نسبه من أحد، وإن جاءت بأحدهما لأقل من سنتين بيوم، وجاءت بالآخر لأكثر من سنتين، فعلى قول أبى حنيفة وأبى يوسف: هذا وما لو جاءت بهما [لأقل من سنتين سواء، وعلى قول محمد رحمه الله، هذا وما لو جاءت بهما][2] لأكثر من سنتين سواء.

---

(١) هكذا فى الأصل، وكان فى ظ وم: "مخلوقا".

(٢) زيد من ظ.

١٧٢٥٠- وإذا طلّق الرجل امرأته واحدة بائنة، وقد دخل بها، ثم تزوجها ثانيًا، ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت النكاح الثانى فنفاه، فإنه يلاعن بينهما لقيام النكاح بينهما فى الحال، ويفرّق بينهما، والولد ثابت النسب من الأب؛ لأنا تيقنا أن العلوق به كان فى النكاح الأول، والنكاح الأول قد انقطع، والنكاح الذى منه الولد إذا انقطع لا يمكن قطع نسب الولد بعد ذلك باللعان؛ لأن الولد فرع النكاح، ولا يمكن قطع ذلك النكاح الأول باللعان، فكذا قطع نسب ولد يكون منه.

وإن جاءت به لستة أشهر فصاعدًا، فإنه يلاعن ويقطع نسب الولد؛ لأن علوق هذا الولد من النكاح الثانى؛ لأن الوطء حلال للزوج، فيحال به على أقرب الأوقات، فالنكاح الذى منه هذا الولد قائم، فيجوز قطع نسبه باللعان.

نوع آخر
فى نفى ولد المنكوحة إذا كانت أمة:

١٧٢٥١- وإذا كانت منكوحة الرجل أمة جاءت بولد، فهذا على وجهين: الأول: إن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت النكاح، وفى هذا الوجه إن ادعاه الزوج، لا يثبت نسبه إلا بتصديق المولى؛ لأن علوق هذا الولد كان فى ملك المولى، فيحتاج إلى تصديق المولى لثبات نسبه، كما قبل النكاح، وإن نفاه لا يلزمه؛ لأنه لا يلزمه بدون النفى، ففى النفى أولى.

الوجه الثانى: أن يجىء به لستة أشهر فصاعدًا من وقت النكاح، وفى هذا الوجه يثبت نسب الولد منه ادعاه أو لم يدّع؛ لأنه ولد النكاح، وإن نفاه لا يلاعن بينهما؛ لأن اللعان لا يجرى بين الحرّ والأمة، ولا ينتفى نسب الولد؛ لأن نسب ولد المنكوحة لا ينتفى إلا باللعان، ولا لعان ههنا، ولا حدّ عليه؛ لأنها ليست بمحصنة.

فإن كان المولى أعتق الأمة، ثم جاءت بولد، فهو على وجهين: الأول: أن يجىء بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت العتق، وإنه على وجهين أيضًا: الأول: أن يدعى الزوج الولد، وفى هذا الوجه ثبت نسب الولد من الزوج، اختارت زوجها، أو نفسها

قبل الدعوة، أو بعد الدعوة إن اختارت زوجها، فلأن النكاح قائم وقت العلوق، ووقت الدعوة، وذلك كاف لثبات النسب بدون الدعوة، فمع الدعوة أولى، وإن اختارت نفسها حتى بانت، فكذلك إن اختارت نفسها بعد الدعوة فظاهر، وإن اختارت نفسها قبل الدعوة، فلأن النكاح إن كان منقطعًا وقت الدعوة، فقد كان قائمًا وقت العلوق، وإنه كافٍ لثبات النسب من غير دعوة، فمع الدعوة أولى.

الوجه الثاني: أن ينفي الزوج الولد، وفي هذا الوجه إن اختارت زوجها، فنسب الولد ثابت منه، ويتلاعنان لقطع النكاح، أما نسب الولد فلأنه ولد النكاح، وتعذر قطعه باللعان؛ لأنهما لم يكونا من أهل اللعان وقت العلوق، وأما التلاعن لقطع النكاح فلأن النكاح قائم وقت النفي، وهما من أهل اللعان وقت النفي، فيتلاعنان لقطع النكاح إن كانا لا يتلاعنان لقطع النسب، وهو نظير ما لو نفى ولد امرأته بعد ما أقر به، فإنهما يتلاعنان لقطع النكاح، لا لقطع النسب، كذا هنا، وإن اختارت نفسها فإن كان ذلك قبل نفي الولد، ثم نفى الزوج الولد، فنسب الولد ثابت من الزوج، ولا يلاعن؛ لأنه لا نكاح بينهما وقت النفي؛ لأنها بانت باختيارها نفسها قبل النفي، ولا يقام اللعان بعد البينونة، ويجب الحد على الزوج؛ لأنها محصنة وقت القذف، وإن كان اختيارها نفسها بعد النفي قبل إقامة اللعان، فالولد ثابت النسب من الزوج ولا لعان؛ لأنها بانت من زوجها، ولا حدّ أيضًا؛ لأن القذف انعقد موجبًا للعان؛ لأنها كانت محصنة وقت القذف منكوحة للقاذف، والقذف متى انعقد موجبًا للعان لايوجب الحدّ إلا إذا أكذب الملاعن نفسه، ولم يوجد ذلك ههنا.

هذا إذا جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت العتق[1]، فأما إذا جاءت بالولد لستة أشهر فصاعدًا من وقت العتق[2]، فإذا ادعى الزوج الولد، فالولد ثابت النسب منه، ولا حدّ، ولا لعان في الوجوه كلها، وإن نفاه، فهو على وجهين: إن اختارت زوجها فهما يتلاعنان، وهل يقطع نسب الولد؟ فيه قياس واستحسان، القياس أن لا يقطع، وفي الاستحسان يقطع على ما مرّ، وإن اختارت نفسها قبل نفي الولد، فإن الولد ثابت

(١) هكذا في ظ، وكان في الأصل وم: "آلعلوق".

(٢) هكذا في ظ، وكان في الأصل وم: "العلوق".

النسب من الزوج، ولا لعان؛ لأنه قذفها وهي أجنبية، ولكن يجب الحد؛ لأنها محصنة وقت القذف، وإن اختارت نفسها بعد النفي قبل إقامة اللعان، فالولد ثابت النسب من الزوج، ولا لعان ولا حد؛ لما مرّ.

١٧٢٥٢- رجل تحته أمة اشتراها من مولاها، ثم جاءت بالولد، فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الشراء، فالولد ثابت النسب من الزوج، سواء كانت المرأة مدخولا بها أو غير مدخول بها؛ لأنه ولد النكاح بيقين، وولد النكاح ثابت النسب مدخولا بها أو غير مدخول بها، فإن نفاه الزوج في هذه الصورة، فالولد ثابت النسب من الزوج، ولا لعان بينهما، أما لأن المقذوف أمة، أو لأن النكاح قد انقطع وقت القذف ولا حدّ أيضًا؛ لأن القذف صادف أمة، وإن جاءت بالولد لستة أشهر فصاعدًا إلى سنتين من وقت الشراء، فإن ادعاه الزوج ثبت النسب منه، وإن نفاه لا يثبت النسب منه، سواء كانت مدخولا بها، أو غير مدخول بها؛ لأنه ولد الأمة.

بيانه: أن العلوق حادث، والأصل في الحوادث أن يحال بحدوثها على أقرب الأوقات إلا لضرورة، وذلك بأن يتضمن إحالتها على أقرب الأوقات نسبة الزوج إلى ارتكاب الحرام، كما في الطلاق البائن، فإن الوطء بعد الطلاق البائن حرام على الزوج، فيحال بالعلوق على أبعد الأوقات وهو ما قبل النكاح صيانة له عن النسبة إلى الحرام، أو يتضمن خلاف السنة بأن يصير الزوج مراجعًا بالوطء، فيحال بالعلوق على بعد الأوقات صيانة للزوج عن النسبة إلى مخالفة السنة، وهذه الضرورة معدومة في مسألتنا؛ لأن الوطء حلال للزوج بعد الشراء بملك اليمين، ولا يصير مراجعًا بالوطء بعد الشراء، فيحال بالعلوق على ما بعد الشراء، فهو معنى قولنا: إن هذا ولد الأمة، وولد الأمة لا يثبت نسبه بدون الدعوة، فمع النفي أولى.

١٧٢٥٣- رجل تحته أمة اشتراها من مولاها، فأعتقها، ثم جاءت بالولد، فهذه المسألة على ثلاثة أوجه: الأول: أن يجيء بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت العتق، فإن ادعاه يثبت نسبه منه، سواء كانت المرأة مدخولا بها، أو غير مدخول بها؛ لأنها إن جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت الشراء، فهذا ولد النكاح، وإن جاءت به لستة أشهر من وقت الشراء، فهذا ولد أمته، وقد ادعاه، ومن ادّعى ولد أمته يثبت

النسب منه، وإذا ثبت النسب منه صارت الجارية أم ولد له؛ لأنه ملك جارية له منها ولد وهو ثابت النسب منه.

وأما إذا نفاه الزوج إن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الشراء لا ينتفي نسبه، ولا لعان بينهما لانقطاع النكاح، ويجب حدّ القذف؛ لأن المقذوف محصنة أجنبية من القاذف وقت القذف، وإن جاءت به لستة أشهر من وقت الشراء، فإن نسب الولد لا يثبت منه؛ لأنه ولد أمة؛ لما بينّا أن العلوق حادث يحال به على أقرب الأوقات ما أمكن، ولا لعان لانقطاع النكاح، ولا حدّ على الزوج؛ لأن في حجزها ولد غير ثابت النسب من أحد، فكانت في صورة الزانيات.

الوجه الثاني: إذا جاءت بالولد لستة أشهر فصاعداً إلى سنتين من وقت العتق، فإن ادعى الزوج نسب الولد، يثبت نسبه منه، سواء كانت المرأة مدخولا بها، أو غير مدخول بها، وإن نفاه، إن كانت المرأة غير مدخول بها، لا يثبت نسبه منه عندهم جميعًا، وإن كانت المرأة مدخولا بها، ونفاه أو لم ينف، ولم يدع، بل سكت اختلفوا فيه، فقال أبو يوسف رحمه الله: لا يثبت نسبه من الزوج، ولا يضرب الحدّ إذا نفى.

وقال محمد رحمه الله: يثبت النسب من الزوج، ويضرب الحد إذا نفى، وجه قول محمد: إن هذه معتدة قد ثبت نسب ولدها من صاحب العدة إلى سنتين، وإنما قلنا: هذه معتدة قد ثبت نسب ولدها من صاحب العدة إلى سنتين؛ لأن العدة قد وجبت بالفرقة الواقعة بالشراء، وظهر بالعتق، حتى لزمها الاتقاء عن محظورات العدة، وحرم على الزوج، ولايحل له أن يتزوج بأختها، وأربع سواها، بخلاف ما لو لم يعتقها، وجاءت بالولد لستة أشهر من وقت الشراء، فإنه لا يثبت نسبه من غير دعوة؛ لأنا قلنا: معتدة جاءت بولد، وقبل العتق بعد الشراء لا تظهر العدة في حق المولى، فإن شيئًا من أحكامها لا يظهر في حق المولى، فكان بمنزلة المطلقة قبل الدخول بها من هذا الوجه، وأما أبو يوسف يقول بأن هذا ولد الأمة، فلايثبت نسبه بدون الدعوة قياسًا على ما لو لم يعتقها.

بيانه: أن العلوق حادث، فيحال بالحدوث على أقرب الأوقات ما أمكن، وأمكن إحالته إلى ما بعد الشراء؛ لأن الوطء حلال للمولى بعد الشراء بملك اليمين، ولا يصير

المولى بالوطء مراجعًا حتى يصير مخالفًا للسنة بخلاف المطلقة بعد الدخول بها إذا جاءت بولد؛ لأن الوطء حرام على الزوج بعد الفرقة إن كان الطلاق بائنًا، وإن كان رجعيًّا يصير الزوج مراجعًا بالوطء، وإنه خلاف السنة، فأحيل به على حال النكاح، فكان ولد منكوحة، وإذا لم يثبت النسب من الزوج عند أبي يوسف لم يجب الحدّ، وإن نفى، فإن في حجرها ولدًا غير ثابت النسب، وعند محمد لما ثبت النسب، ويجب[1] الحدّ إن نفى، إذ ليس في حجرها ولد غير ثابت النسب من أحد.

الوجه الثالث: إذا جاءت بالولد لأكثر من سنتين من وقت العتق، فإن ادعاه الزوج يثبت نسبه منه، وإن نفاه لا يثبت نسبه منهم عندهم، كما في المطلقة، وإذا لم يثبت نسب الولد من النكاح، لا يجب الحدّ؛ لما ذكرنا.

١٧٢٥٤- رجل تحته أمة اشتراها، ثم باعها من غيره، ثم جاءت بولد بعد البيع، فهذه المسألة على وجوه أيضًا: الأول: أن يجيء بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت شراء الزوج إياها، وفي هذا الوجه يثبت نسبه منه ادعاه أو سكت؛ لأنه ولد النكاح، وولد النكاح ثابت النسب من الزوج ادعاه، أو سكت، وإذا ثبت النسب ظهر بطلان بيع للزوج؛ لأنه ظهر أنه باع أم ولده، وولده الحرّ، فوجب على الزوج رد الثمن، وإن نفاه، لا ينتفي نسبه أيضًا؛ لأن نسب ولد النكاح لا ينقطع إلا باللعان، وتعذر إقامة اللعان ههنا لانقطاع النكاح، وكون المقذوف أمة.

الوجه الثاني: إذا جاءت بالولد لستة أشهر فقط منذ اشتراها الزوج[2]، فادعاه الزوج فالجواب فيه كالجواب فيما إذا جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر منذ اشتراها الزوج؛ لأنها ولدت لستة أشهر منذ اشتراها الزوج، فيكون لأقل من ستة أشهر منذ باعها، ومن باع جارية، وجاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ باعها، وادعاه البائع، صحّت دعوته.

الوجه الثالث: إذا جاءت بالولد لأكثر من ستة أشهر منذ اشتراها الزوج، وإنه

---

(١) وفي م: "لا يجب الحد".

(٢) هكذا في ظ وم، وكان في الأصل: "منذ اشتراها الزوج، فيكون لأقل من ستة أشهر، فادعاه الزوج... إلخ".

على وجوه أيضًا : إن جاءت به لأقل من ستة أشهر منذ بيع الزوج ، وادعاه الزوج ، يثبت نسب الولد منه من غير تصديق المشترى ، وبطل البيع ، كما لو باع أمة لم تكن زوجة له ، وجاءت بولد عند المشترى لأقل من ستة أشهر من وقت البيع ، وإن نفاه الزوج فى هذه الصورة لا يثبت نسبه ؛ لأنه ولد الأمة ولم يدع نسبه ، وإذا يثبت النسب بقى البيع على حاله ، وإن جاءت بالولد لستة أشهر فصاعدًا إلى سنتين من وقت بيع الزوج ، وادعاه ، فإن كانت المرأة غير مدخول بها ، لا يثبت نسبه إلا بتصديق المشترى ، كما لو باع أمة لم تكن زوجة له ، وجاءت بولد لستة أشهر فصاعدًا إلى سنتين من وقت البيع ، وادعاه البائع ، وإذا صدقه المشترى حتى ثبت النسب ، بطل البيع .

وإن كانت المرأة مدخولا بها ، وباقى المسألة بحاله ، كان أبو يوسف يقول أولا : تصح دعوته من غير تصديق المشترى ، وهو قول محمد ، ووجه ذلك : أن هذا ولد المعتدة ؛ لأن العدة وجبت بالفرقة الواقعة بالشراء ، وظهر بالبيع ، حتى لا يحل للمشترى أن يقربها ما لم تنقض[1] عدتها ، والمعتدة إذا جاءت بولد إلى سنتين ، ثبت نسبه من صاحب العدة من غير تصديق ودعوة ، كما فى المطلقة ، وكما لو أعتقها الزوج فى هذه الصورة على قول محمد ، وإنما شرط محمد رحمه الله الدعوة ههنا لثبات النسب ، وإن كان الولد المعتدة لأجل الضرورة ؛ لأنها متى لم تشترط الدعوة ، وأثبتنا النسب بدون الدعوة ابتداء ، لزمنا اشتراط الدعوة انتهاء .

بيانه : أنه متى ثبت النسب بدون الدعوة ، ينتقض البيع ، وصار كأنه لم يبع ، ولو لم يبع ، وجاءت بالولد لستة أشهر منذ اشتراها الزوج ، لا يثبت النسب إلا بالعدة ، فثبت أنا لو لم نشترط الدعوة ابتداء لشرطناها انتهاء ، فشرطناها من الابتداء لهذه الضرورة ، بخلاف ما لو أعتقها على أصل محمد رحمه الله ؛ لأن هناك لو لم نشترط الدعوة من الابتداء لثبات النسب ، لا يلزمنا اشتراطها فى الانتهاء ؛ لأنها إذا جاءت بالولد بعد العتق ، لا ينتقض العتق ، وبخلاف ما لو لم تكن المرأة مدخولا بها ؛ لأن هناك بالشراء وقت الفرقة قبل الدخول من غير عدة ، وكان ولد أمة لا ولد معتدة .

وجه قول أبى يوسف الآخر : إن هذا ولد الأمة ؛ لأن العلوق يحال على ملك

---

(١) هكذا فى ظ وكان فى الأصل وم : "ما لم يقض" .

اليمين على مامر فى فصل العتق، فقد جاءت بالولد بعد البيع لستة أشهر، فإذا ادعاه البائع يجب أن لا تصح دعوته من غير تصديق المشترى، كما لو لم تكن الأمة زوجة له.

هذا إذا ادعاه، وإن نفاه لا يثبت نسبه عندهم جميعًا إذا جاءت بالولد لأكثر من سنتين من وقت بيع الزوج إن ادعاه الزوج، لا يثبت نسبه إلا بتصديق المشترى عندهم جميعًا، أما عند أبى يوسف الآخر: فلأنها إذا جاءت به إلى سنتين لا يثبت النسب إلا بتصديق المشترى، فههنا أولى، وأما عند محمد فلأنه يعتبرها بالمعتدة، والمعتدة إذا جاءت بالولد لأكثر من سنتين من وقت الفرقة، لا يثبت النسب من غير دعوة، فههنا كذلك، وإن نفاه لا يثبت النسب عندهم جميعًا.

١٧٢٥٥- رجل تحته أمة رجل، اشتراها ثم باعها من آخر، فولدت فى يد المشترى ولدًا، وأعتق المشترى الولد، ثم ادعاه البائع، وقد كان دخل بها فى النكاح، فهذا على وجهين أيضًا: الأول: أن يجيء بالولد لأقل من ستة أشهر منذ اشتراها الزوج، وفى هذا الوجه يثبت نسب الولد من الزوج ادعاه الزوج أو لم يدع؛ لأنه ولد النكاح، وبطل البيع، وبطل عتق المشترى؛ لأنا تيقنا أنه باع أم ولده، وأن الولد كان حرًا، وإن جاءت به لستة أشهر منذ اشتراها الزوج، لا يثبت منه؛ لأنه ولد الأمة، فلا يصح فيه دعوة البائع بعد ما أعتقه المشترى، كما لو لم تكن الأمة زوجة له.

وإن لم يكن المشترى أعتق الولد، ولكن أعتق الأم، فهذا على ثلاثة أوجه: الأول: إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر منذ اشتراها الزوج، وفى هذا الوجه صحت دعوته فى حق الأم والولد جميعًا؛ لأنه ولد النكاح، وكان ثابت النسب من الزوج، وإن لم يدّعه، وظهر أنه باع أم الولد، وظهر بطلان البيع، وظهر بطلان إعتاق المشترى، وإن جاءت به لستة أشهر فصاعدًا منذ اشتراها الزوج، فإن كان لأقل من ستة أشهر منذ باعها، لا يثبت النسب إلا بالدعوة؛ لأنه ولد الأمة، وإذا ادعى صحّت دعوته فى حق الولد، ولم تصح دعوته فى حق الأم، كما لو باع أمة ليست بزوجة له، وجاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت البيع، فأعتق المشترى الأم، ثم ادعى البائع الولد، صحّت دعوته فى حق الولد من غير تصديق المشترى حتى يرد الولد على البائع، ولا يسلم للبائع ما قبض من حصته من الثمن، ولم تصح دعوته فى حق الأم حتى لا يرد الأم على

البائع، ويسلم للبائع ما قبض من حصتها من الثمن، كذا ههنا.

وإن جاءت بالولد لأكثر من ستة أشهر منذ باعها الزوج، فإنه لا تصح دعوته إلا بتصديق المشترى عند أبى يوسف الآخر، وعند محمد تصح دعوته إلى سنتين من غير تصديق المشترى إذا كانت مدخولا بها لمكان العدة، وهو قول أبى يوسف الأول، وقد ذكرنا ذلك فيما تقدم.

وإن جاءت به لأكثر من سنتين منذ اشتراها، فسواء جاءت به لأقل من سنتين، أو لأكثر من سنتين منذ باعها الزوج، لا تصح دعوة الزوج إلا بتصديق المشترى، إلا أنه إن جاءت بالولد لسنتين من وقت البيع، وصدّقه المشترى، ينتقض البيع، وإن جاءت به لأكثر من سنتين من وقت البيع، لا ينتقض البيع.

١٧٢٥٦- وإذا طلّق الرجل امرأته الأمة تطليقة بائنة، ثم أعتقت، ثم جاءت بالولد إلى سنتين منذ طلقها، فإنه يلزمه إياه؛ لأنه ولد النكاح؛ لأن العلوق ههنا يحال به على أبعد الأوقات، وهو وقت النكاح؛ لأن الوطء حرام بعد الطلاق، ويضرب الزوج الحد إن نفاه؛ لأنه قذفها وهى محصنة أجنبية من القاذف، وولاء الولد لمولى الأم؛ لأنه معتق قصدى؛ لأنا حكمنا بوجوده وقت إعتاق الأم حيث أحلنا العلوق على حال النكاح، والمعتق القصدى لايتبع أحدا فى الولاء، ويكون ولاءه للمعتق، قال عليه الصلاة والسلام: «الولاء لمن أعتق»[1].

ولو مات الأب وقد أعتقت بعده بيوم، وجاءت بالولد إلى سنتين، فالجواب فيه

(١) أخرجه البخارى فى "صحيحه" ١/ ١٧٤ حديث (٤٤٤)، باب ذكر البيع والشراء ٢/ ٥٤٣ حديث (١٤٢٢) ٢/ ٧٥٦ حديث (٢٠٤٧)، ومسلم فى "صحيحه" ٢/ ١١٤١ فى ترجمة الباب ٢/ ١١٤٣ حديث (١٥٠٤)٢/ ١١١٤ حديث (١٥٠٤) ٢/ ١١٤٥ حديث (١٥٠٥) وابن الجارود فى "المنتقى" ١/ ٢٤٦ حديث (٩٨١)، وابن حبان فى "صحيحه" ١٠/ ٩٣ حديث (٤٢٧٢)، وأبو عوانة فى "مسنده" ٣/ ٢٣٤ حديث (٤٧٨٦)، والترمذى فى "سننه" ٤/ ٤٣٦ حديث (٢١٢٤)٤/ ٤٣٧ حديث (٢١٢٤) والدارمى فى "سننه" ٢/ ٢٢٢ حديث (٢٢٨٩)، والبيهقى فى "الكبرى" ٧/ ١٣٢ حديث (١٣٥٣٤)٧/ ٢٢٠ حديث (١٤٠٣٣)، والدارقطنى فى "سننه" ٣/ ٢٩٤ حديث (١٨٧)، والشافعى فى "مسنده" ١/ ٢٠٤، والنسائى فى المجتبى ٥/ ١٠٧ حديث (٢٦١٤)، وابن ماجه فى "سننه" ١/ ٦٧١ حديث (٢٠٧٦)، وابن أبى شيبة فى "مصنفه" ٧/ ٣٠٢ حديث (٣٦٢٨٧)، وعبد الرزاق أيضًا فى "مصنفه" ٧/ ٢٤٨ حديث (١٣٠٠٦) وغيرها.

والجواب فيما إذا طلقها سواء ؛ لأن العدة كما تجب بالطلاق تجب بالموت .

١٧٢٥٧- وإذا كانت امرأة الرجل أمة ، فولدت منه ولدًا ، فاشتراها الزوج ، وأعتقها وتزوجها ، ثم ولدت ولدًا آخر لستة أشهر فصاعدًا منذ تزوجها ، فنفاه ، لاعن القاضي بينهما ، وألزم الولد أمّه ، أما اللعان فلأنهما من أهل اللعان وقت النفي ، ويقطع نسب الولد ؛ لأن العلوق يُحال به على أقرب الأوقات ، وهو ما بعد النكاح ، وهما من أهل اللعان في ذلك الوقت ، وإن جاءت به لأقل من ستة أشهر منذ تزوجها آخر ، أو لأكثر من ستة أشهر منذ اشتراها ، يلاعن ويلزم الولد أباه ؛ لأنها بالشراء صارت أم ولد له ، فإذا جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت النكاح الأخير ، علمنا أن العلوق كان سابقًا على هذا النكاح ، فكان ولد أم الولد[1] ، ونسب ولد أم الولد لا ينتفي بمجرد النفي بعد ما ثبت فيها العتق ، واللعان متعذر ؛ لأن حالة العلوق لم يكونا من أهل اللعان ، ولو جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر منذ اشتراها ، لاعن القاضي بينهما ، ولزم الولد أمه ؛ لأن العلوق كان في حال النكاح حال ما لايجرى بينهما اللعان ، ويضرب الحد إذا كانت أم الولد مسلمة ؛ لأنها محصنة ، ولو صدقته المرأة أن الولد ليس منه ، لم يصدقا على الولد ؛ لأن النسب من حق الولد ، وقد استحق النسب ؛ لأنه ولد النكاح ، فلا يصدقان على إبطال حقه -والله أعلم- .

نوع آخر
في المسائل التي تتعلق بأم الولد وولد أم الولد :

١٧٢٥٨- الجارية إذا كانت بين رجلين ، جاءت بولد فادعياه حتى ثبت النسب منهما، ثم جاءت بولد آخر بعد ذلك ، لم يثبت نسبه من غير دعوة منهما ، وإن كانت الجارية أم ولد لهما ، ونسب ولد أم الولد يثبت بدون الدعوة .

والوجه فيه ما ذكرنا أن نسب ولد أم الولد إنما يثبت بدون الدعوة إذا كانت أم الولد بحال يحل للمولى وطءها ، أمّا إذا كانت بحال لا يحل للمولى وطءها ، لا يثبت نسب ولدها بدون الدعوة ، ألا ترى أنها لو حرُمت على المولى بالصهرية ، أو كاتبها المولى ، ثم

(١) هكذا في ظ ، وكان في الأصل : فكان أم الولد .

جاءت بولد، لايثبت النسب من المولى بدون الدعوة، وإن ادعاه أحدهما، ثبت النسب منه، وضمن لشريكه نصف عقرها، ولا يضمن من قيمة الولد شيئًا عند أبي حنيفة؛ لأن ولد أم الولد بمنزلة أم الولد، ومالية أم الولد غير متقومة عند أبي حنيفة رحمه الله حتى أعتقها أحد الشريكين لايضمن لشريكه شيئًا، فكذا مالية ولدها، وعندهما مالية أم الولد متقوّمة لو أعتقها أحد الشريكين، يضمن لشريكه نصف قيمتها إن كان موسرًا، و سعت في نصف قيمتها إن كان المعتق معسرًا، فكذا مالية ولد أم الولد.

١٧٢٥٩- وإذا أعتق الرجل أم ولده، ثم تزوجها، فجاءت بولد، فنفاه المولى، فإن جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر منذ تزوجها، فإنهما يتلاعنان؛ لأنهما من أهل اللعان وقت القذف، والنكاح بينهما قائم، ولزم الولد أباه، هكذا ذكر محمد رحمه الله في "الأصل".

قال شمس الأئمة السرخسي: تأويل المسألة إذا جاءت بالولد لأقل من سنتين منذ أعتقها حتى لا يثبت النسب من المولى باعتبار زوال الفراش إلى عدة، والشيخ الإمام شيخ الإسلام خواهر زاده أجرى هذه المسألة على إطلاقها من غير تأويل، قال: العلوق كان في حال كونها أم ولد له، وقد حدث العتق فيها من قبل المولى، ونسب ولد أم الولد لا ينفي بمجرد النفي بعد ما حدث العتق في الأم، وإنما ينفي بمجرد النفي قبل حصول العتق، فلا ينتفي بمجرد النفي ههنا، واللعان متعذر؛ لأنهما لم يكونا من أهل اللعان حال ما حصل العلوق، فإنها كانت أم ولد في تلك الحالة، وإن جاءت بالولد لأكثر من سنتين منذ تزوجها، فإنهما يتلاعنان، ويقطع نسب الولد استحسانًا.

١٧٢٦٠- وإذا مات الرجل، وترك امرأة وأم ولد، فأقر الوارث أنها ولدت هذا الغلام من الميت، فإن لم يكن هناك للمقر منازع، ثبت نسب الغلام من الميت، ويرث ولا يشترط العدد في المقرين، ولا لفظة الشهادة، فإن كان للمقر منازع يشترط العدد باتفاق الروايات، ولايشترط العدالة باتفاق الروايات، وهل يشترط لفظة الشهادة؟ فيه روايتان.

١٧٢٦١- رجل باع أم ولده من رجل، والمشتري يعلم به، فجاءت بولد، وادعاه المشتري، لايثبت نسبه منه، وهو ابن البائع؛ لأنه ولد على فراشه؛ لأن أم الولد فراش

المولى، ولا يبطل هذا الفراش بالبيع ؛ لأن بيع أم الولد باطل ، فإذا نفاه المولى فقد انتفى نسبه من المولى ، والمشترى يدعيه ، فيثبت نسبه من المشترى ، كيلا يبقى بلا أب .

وكذلك إذا لم يعلم المشترى بكونها أم ولد للبائع ، كان الجواب كما قلنا ، إلا أن فى هذه الصورة إذا نفى البائع الولد ، يكون الولد حرّاً على المشترى بالقيمة ؛ لأن المشترى صار مغروراً ههنا بخلاف الوجه الأول ، فإن هناك الولد لا يكون حرّاً على المشترى إذا نفاه البائع ، وإن ثبت النسب من المشترى ؛ لأن المشترى هناك لم يصر مغروراً .

١٧٢٦٢- اشترى جارية وظهر بها الحبل بعد أيام ، فخاصم المشترى البائع ، فقال البائع : أمسكها ، فإن كان فى بطنها ولد ، فهو منى ، فأسقطت هذه الجارية سقطاً مستبين الخلق لأقل من أربعة أشهر مذ قال هذه المقالة ، فالولد ثابت النسب من البائع ، والجارية أم ولد له ؛ لأنه تبين أن الولد كان موجوداً فى البطن وقت إقراره ؛ لأن الولد منه ، وكان عليه أن يرد على المشترى بما أخذ من الثمن ؛ لأنه تبين أن البيع وقع باطلا .

نوع آخر يتصل بهذا النوع:

١٧٢٦٣- جارية بين اثنين ، قال أحدهما : هذه أم ولدى وأم ولدك ، أو قال : أم ولدك ، وأم ولدى ، أو قال : أم ولدنا ، فإن صدّقه صاحبه فى ذلك صارت الجارية أم ولد لهما ، فرق بين هذا وبينما إذا ولدت ولداً ، فقال أحدهما لصاحبه : هو ابنى وابنك ، أو قال : هو ابنك وابنى ، أو قال : ابننا حتى ثبت النسب من المقر ، صارت الجارية أم ولد للمقر .

والفرق : أن المقر هناك أقر بنسب الولد مقصوداً ، وبأمية الولد تبعاً ؛ لما ذكرنا أن أمّية الولد تبع لثبات النسب ، وحكم التبع يوجد من الأصل ، فإذا ثبت نسب الولد من المقر خاصة ؛ لأنه لا تقبل الشركة والتجزّئ ، صارت الجارية أم ولد للمقر بطريق التبعية أيضاً ، أما ههنا أقر بأمومية الولد مقصوداً لا تبعاً ، فيعتبر حكمها بنفسها ، ومن حكم الاستيلاد أنه يقبل الشركة والتجزئ إذا وقع جملة ، ولهذا قلنا : إذا جاءت الأمة المشركة بين رجلين بولد ، فادعياه حتى يثبت النسب منهما ، صارت الجارية أم ولد بينهما ، ولو لا

أن الاستيلاد يقبل الشركة والتجزئ، لصارت الجارية أم ولد لكل واحد منهما كملا، ألا ترى أن النسب لما كان لا يتجزأ إذا ثبت النسب منهما، يثبت من كل واحد منهما كملا، حتى لو مات ورث من كل واحد منهما ميراث ابن كامل، وإذا ثبت أن الاستيلاد متجزئ في هذه الصورة، فنقول: المقر أقر أن الاستيلاد وجد منهما، وقد صدّقه صاحبه فيه، فكأنهما ادعيا ذلك جميعًا معًا، فلهذا صارت الجارية أم ولد لهما، ولا ضمان لواحد منهما على الآخر، كما لو ادعيا معًا، وإن كذبه صاحبه في ذلك، ضمن المقر لشريكه نصف قيمتها موسرًا كان أو معسرًا، إلا أنه يصير متملكًا نصيب شريكه بزعم شريكه، إن كان لا يصير متملكًا بزعمه؛ لأن في زعمه أن ذلك النصف أم ولد الشريك، وأم ولد الشريك لا يحتمل التملك، ولكن الضمان حق الشريك، فيعتبر التملك في حق الشريك، وقد وجد، وضمن أيضًا نصف العقر لشريكه؛ لأن إقراره بوطء جارية مشتركة بينه وبين غيره، ثم يكون نصف الجارية أم ولد للمقر، ونصفها موقوف بمنزلة أم الولد، وإنما توقف لما قلنا: إنه لما ضمن المقر نصيب الشريك، فقد انعقد سبب الملك له في نصيب الشريك، فصارا كأنه اشترى، وأقر بالاستيلاد على البائع، وهو ينكر، وهناك يجب القول بالتوقف، كذا ههنا.

توضيحه: أن للشريك حق الرجوع إلى التصديق، فربما يصدّقه ساعة فساعة، فتصير أم ولد بينهما، فلأجل هذا التوهم أثبتنا التوقف، فإن عاد الشريك إلى التصديق، صار أم ولد بينهما، ويردّ ما أخذ من[1] الضمان لإقراره أنه أخذ ما أخذ بغير حق، وإن لم يعد إلى التصديق، فنصفها أم ولد للمقر، ونصفها موقوف بمنزلة أم الولد تخدم المقر يومًا، وتوقف يومًا، وفي بعض النسخ: تكتسب لنفسها يومًا، فإن مات أحدهما، ففي فصل التصديق عتقت أيهما مات، لمعنى واحد أن نصيب الميت قد عتق بموته، فيتعدى إلى الباقي، ولا سعاية عليها للحي في قول أبي حنيفة؛ لما عُرف من مذهبه أن أم الولد ليست بمال، وعندهما عليها السعاية؛ لأن أم الولد مال عندهما، فقد احتبس عندها نصيب الحيّ، وهو مال، فيجب عليها السعاية؛ ردًّا لما احتبس عندها[1].

وفي فصل التكذيب: كذلك يعتق أيهما مات، ولكن لمعنيين مختلفين، إن مات

---

(١) هكذا في ظ، وكان في الأصل وم: "أحدث". (١) وفي م: "احتسب".

المقر عتقت؛ لأن فى زعم المنكر أن كلها أم ولد للمقر، وأنها عتقت بموته، وزعمه معتبر فى حقه، ولا سعاية عليها للمنكر؛ لأن فى زعم المنكر أنها خرجت عن ملكه، فصار كلها أم ولد للمقر، وأنها عتقت بموته، وزعمه معتبر فى حقه، وقد أخذ الضمان من المقر، فكيف يأخذ السعاية، وإن مات المنكر عتقت؛ لأن فى زعم المقر أن نصفها أم ولد للمنكر، وقد عتق ذلك النصف بموته، فيتعدى إلى الباقى، ولا سعاية عليها للمقر عند أبى حنيفة، خلافًا لهما لما مرّ.

١٧٢٦٤- رجلان بينهما جارية، جاءت بولد فادعاه أحدهما، ثبت النسب منه، وحكم بحرية الولد، وصارت الجارية أم ولد، وضمن لشريكه نصف قيمتها، موسرًا كان أو معسرًا، وضمن نصف العقر، وأصل المسألة معروفة، فإن قال المدعى لصاحبه: إن هذه الجارية قد ولدت منك ولدًا، وادعيته قبل أن تلد منى، وصارت أم ولد لك، وصدّقه صاحبه فى ذلك، وكذبته الجارية، فإنهما لا يصدقان على الجارية وعلى ولدها، حتى لا يبطل ما ثبت لهما من الحقوق من جهة المدعى، ولا يبطل الضمان عن المدعى؛ لأنا لما جعلناها أم ولد للمدعى، فقد كذّبنا المدعى فى إقراره، فبطل إقراره، فلهذا لم يبطل عنه الضمان، ولكن يضمن المقر نصف قيمتها أم ولد باعتبار أن صاحبه لمّا أقر بثبوت الاستيلاد منه قبل هذا، فقد أقر بفوات ذلك الجزء من جهته، فصار مبرئًا[1] للمدعي[2] عن فضل قيمتها قنة على قيمتها مدبرة، من مشايخنا من قال: هذا قولهما، أما على قول أبى حنيفة لا يضمن المقر للمقر له شيئًا؛ لأن أم الولد غير متقوم عنده، وقيل: لا، بل هو قولهم جميعًا؛ لأن أمّية الولد من جهة المقر له، لم يثبت فى الحكم؛ لأنها أم ولد للمقر فى الحكم، فصار متملكًا نصيبه، والتملك لا يكون مجانًا، لكن يضمن قيتها أم ولد لما قلنا، والأول أشبه وأقرب إلى الصواب؛ لأن إقرار المقر له بالاستيلاد قبل ذلك، أبرأ للمقر عن الضمان أصلا؛ لأن الاستيلاد يمنع التملك بعد ذلك، ولو وجب الضمان ههنا لوجب بالتملك، فإن اكتسبت الجارية اكتسابا، أو

---

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وم: "ميراثًا".

(٢) وفى ظ: "المدعى".

قتلت[١] هي أو ولدها، فذلك كله للمقر؛ لأنها أم ولد المقر، والولد ابن المقر في الحكم، فلهذا قال: كل ذلك للمقر.

ولو قال هذا المدعي للشريك: كنت أعتقتها أنت قبل هذا، وصدّقه الشريك في ذلك، فالأمة تعتق؛ لأن المقر أقر بعتقها، وهو مالك الإقرار بعتقها، ولا ضمان على الواطئ في نصف قيمتها، ولا في نصف عقرها، بخلاف فصل الاستيلاد عندهما.

والفرق: أن الإقرار بالعتق قبل ذلك إقرار ببراءة المقر عن الضمان؛ لأن العتق ينافي ضمانها أصلا، وهو يملك إنشاء الإبراء، فيصح الإقرار به، أما الإقرار بالاستيلاد ليس بإقرار ببراءته عن الضمان أصلا؛ لأن الاستيلاد لا ينافي الضمان عندهما، على ما عرف من تلك المسألة، فلهذا افترقا.

١٧٢٦٥- رجل في يديه أمة، فوطئها، فولدت منه ولدًا، فادعى ولدها، ثم قال: كانت هي أم ولد فلان، فزوجنيها، فولدت لي هذا الولد، وصدّقه فلان في ذلك، فإن صدّقتهما الأمة في ذلك، أو كذّبتهما، ولكن رجعت إلى تصديقهما قبل قضاء القاضي بكونها أم ولد للمقر، فهي أم ولد للمقر له[٢]، ويكون حكم ولدها كحكمها، فيعتقان إذا مات المقر له؛ لأن تصديقها في حق نفسها صحيح، وكذلك في حق الولد؛ لأنه في يدها، وأنه لا يعبّر عن نفسه، فصار كثوب أو دابة في يديه، فإن كبر الولد بعد ذلك، وكذبها فيما أقرت، لم يلتفت إلى تكذيبه؛ لأن إقرار الجارية قد نفذ عليه حين كان في يديها صغيرًا، لا يعبّر عن نفسه، فلايتغيّر[٣] ذلك بصيرورته كبيرًا معبرًا عن نفسه، كما قلنا في "المتلقط": إذا ادعى نسب اللقيط، ثم كبر اللقيط، وكذبه، لا يلتفت إلى تكذيبه، وطريقه ما قلنا.

ولو لم تصدق الجارية المقر، ولم تكذبه حتى ماتت، فصدق المقر والمقر له، حتى كان الولد عبدًا للمقر له؛ لأنا إنما كنا لا نصدقهما حال حياة الجارية لحق الجارية، وقد

---

(١) هكذا في ظ وكان في الأصل وم وف: "قبلت".

(٢) هكذا في ظ، وكان في الأصل وم وف: "للمقر".

(٣) هكذا في ظ وف وم، وكان في الأصل: "فلا يعتبر".

زال حقها، ولا نعتبر بحق الصغير؛ لأنه لا يعبّر[١] عن نفسه، وهو في يد المقر، فصار كثوب أو دابة في يده، فيصح إقراره بالملك فيه للمقر، فإن كبّر الولد، وأنكر أن يكون عبدًا للمقر له، لم يلتفت إلى إنكاره؛ لما قلنا.

وإن كذبتهما الأمة، وأثبتت على ذلك، فالقاضي يجعلهما أم ولد للمقر؛ لأن أمّية الولد للجارية، ونسب الولد وحريته ثابتة من جهة المقر بناء على الظاهر، فالمقر بقوله: إن الولد من نكاح يريد إبطال ذلك، فلا يصدّق عليه، وعلى المقر قيمتهاأم ولد للمقر له؛ لأن المقر أقر بكونها أم ولد للمقر له، وقد احتبست عنده بقضاء القاضي قبل هذا على قولهما، أما على قول أبي حنيفة: لا ضمان على المقر؛ لأنه لا تقوم لمالية أم الولد عند أبي حنيفة، فلايضمن بالاحتباس عنده، ولا عقر للمقر له على المقر؛ لأنه ما أقر بالوطء إلا بحكم النكاح، وإنه لا يوجب العقر، وأشار في الكتاب إلى فرق آخر، فقال: إن القاضي لما قضى بكونها أم ولد للمقر، فقد قضى بأن المقر وطئ ملك نفسه، وهذا إشارة إلى أنه لا يلزمه المهر أيضًا، بخلاف المسألة المتقدمة؛ لأن هناك القاضي قضى بكونها أم ولد للمقر بعد أن كانت مشتركة بينهما ظاهرًا، وكان ذلك قضاء باستيلاد الجارية المشتركة، وإنه يوجب العقر، أما ههنا بخلافه، على ما بينّا.

وإن كذبتهما، فلم يقض القاضي بشيء حتى ماتت توقف أمر الولد حتى يكبر بخلاف ما إذا لم تكذبهما، ولم تصدقهما حتى ماتت، فإنه يقضى بولدها للمقر له، والفرق أنها إذا لم تصدّقهما، ولم تكذب لم يوجد ما يوجب سقوط اعتبار يد المقر، فإذا ماتت والولد في يد المقر، يعتبر قوله فيه، فأمّا إذا كذبت المقر، فقد سقط اعتبار يده؛ لأن تكذيبها كتكذيبه، وهو يعبّر عن نفسه، فلا يحكم برقه باعتبار يده إلا أنه يحتمل أن يعقل الغلام، فيصدق المقر، والتصديق بعد التكذيب معتبر، فلهذا يوقف أمره، فإن كبر وصدّق المقر فيما أقر كان عبدًا للمقر له، وأمّه أم الولد للمقر له، وإن مضى على التكذيب جعله القاضي حرًا من جهة المقر، وأمه أم ولد للمقر، وإن كانت الأم حية، والغلام يعبّر عن نفسه، فصدقت الأم المقر، وكذبه الغلام، فالغلام حر، والجارية أم ولد للمقر؛ لأن تكذيب الولد قد صح لكونه من أهله، ومع صحة تكذيب الولد، لا

(١) هكذا في الأصل، وف وم، وكان في ظ: "لا يغير".

نعتبر بتصديق الأم؛ لأن الولد أصل فى هذا الباب، والأم تبع على ما عرف.

قال: وكذلك إن كذبت الأم المقر، وصدّقه الغلام فى جميع ما وصفت لك، ولم يفسّر لذلك تفسيرًا، فمن مشايخنا من قال: تفسيره أن تصديق الولد أولى حتى كانا رقيقين للمقر له؛ لأن تصديق الولد قد صح لكونه من أهله، ولا يعتبر تكذيب الأم مع تصديقه؛ لما قلنا.

ومنهم من قال: تفسيره أن تكذيب الأم أولى حتى كان الولد حرًا، والجارية أم ولد للمقر، كما لو كذب الغلام، ألا ترى إلى قوله فى الكتاب، وكذلك لو كذبت الأم المقر، وصدّقه الغلام، وإنما يستقيم ذلك كذلك إذا كان الجواب فى الفصلين متحدًا، وهذا لأن قول كل واحد منهما صحيح معتبر بانفراده، فعند التعارض ترجح قول من يوجب الحرية على من يوجب إبطالها -والله أعلم بالصواب-.

نوع آخر
فى بيان أنواع دعوة الرجل نسب الولد:

١٧٢٦٦- فنقول: الدعوة فى النسب لا تخلو من ثلاثة أوجه: دعوة استيلاد، ودعوة تحرير، ودعوة الأب ولد جارية ابنه، ومن يقوم مقام الأب كأب الأب حال عدم الأب حقيقة أو اعتبارًا، أما دعوة الأب ولد جارية ابنه فظاهر، وشرط صحتها أن يكون للأب تأويل ملك فى جارية ابنه من وقت العلوق إلى وقت الدعوة، وولاية التملك أيضًا من وقت العلوق إلى وقت الدعوة، وأن تكون الجارية محلا للنقل من ملك إلى ملك، إنما شرطنا أن تكون الجارية محل النقل من ملك إلى ملك؛ لأن الأب يتملك جارية الابن سابقًا على أصل الوطء؛ لما نبيّن بعد هذا، ولابدّ للتملك من كون المحل قابلا للنقل من ملك إلى ملك، وإنما شرطنا أن تكون له ولاية التملك من وقت العلوق إلى وقت الدعوة؛ لأن دعوة الأب متى صحت استندت إلى وقت العلوق، وإنما يمكن القول بالاستناد إلى وقت العلوق إذا كان له ولاية التملك من وقت العلوق إلى وقت الدعوة، أما بدون ذلك فلا إمكان، فلا تصح دعوته.

١٧٢٦٧- إذا عرفنا هذه الجملة، فنقول: إذا ولدت أمة الرجل ولدًا، وادعى أب الرجل الولد، صحّت دعوته، صدّقه الابن فى ذلك، أو كذّبه أما إذا صدقه فظاهر، وأما إذا كذبه فلأن علوق الولد اتصل بتأويل ملك[١]؛ لأن للأب تأويل الملك فى مال ولده، قال عليه الصلاة والسلام: «أنت ومالك لأبيك»[٢]، ولهذا لو وطئ جارية ابنه، وقال: علمت أنها حرام علىّ، لا حدّ عليه، ولو اتصل العلوق بحقيقة ملكه، كان مصدقا فى الدعوة، وكان اتصال العلوق بملكه بمنزلة البينة العادلة فى إبطال الملك على الملك بغير رضاه، فكذا إذا اتصل العلوق بتأويل الملك، وإذا صحّت الدعوة صارت الجارية أم ولد له، وضمن الأب قيمة الجارية؛ لأنه تملك الجارية على الأب؛ لأن الشرع أثبت له ولاية تملك مال الابن عند الحاجة، ولهذا كان له أن يأكل طعام الابن، وأن يلبس ثيابه عند حاجته إلى ذلك، وقد مسّت الحاجة ههنا إلى التملك؛ لأنه احتاج إلى إثبات نسب الولد منه بعد ما أعلقها بولده، إلا أن هذه الحاجة دون الحاجة إلى المأكول والملبوس؛ لأن الحياة المتعلقة بالمأكول والملبوس حياة حقيقية والحياة المتعلقة بالولد حياة معنوية، فوجود أصل الحاجة أثبتنا ولاية التملك، ولانعدام كمالها أثبتنا ولاية التملك بالقيمة؛ ليظهر رتبة هذه الحاجة[٣] عن رتبته تلك الحاجة، ولا عقر على الأب عندنا؛ لأن تملكها سابقًا على الوطء.

بيانه: أن التملك باعتبار الحاجة إلى إثبات النسب منه، وإثبات النسب وإن كان وقت العلوق، إلا أن الوطء قائم مقام العلوق، فيجب تقديم الملك على الوطء ليثبت

(١) وفى الأصل: "ملكه".

(٢) أخرجه أحمد فى "مسنده" ٢/ ٢٠٤ حديث (٦٩٠٢)، وابن أبى شيبة فى "مصنفه" (٢٢٧٠٠) ٤/ ٥١٧، ٧/ ٢٩٤ حديث (٣٦٢١٤)، وعبد الرزاق فى "مصنفه" ٩/ ١٣٠ حديث (١٦٦٢٨)، والشافعى فى "مسنده" ١/ ٢٠٢، وابن ماجه فى "سننه" ٢/ ٧٦٩ حديث (٢٢٩٢)، والطحاوى فى "معانى الآثار" ٤/ ١٥٨، والطبرانى فى "الأوسط" ٤/ ٣١ حديث (٣٥٣٤)، والبزار فى "مسنده" ١/ ٤٢٠ حديث (٢٩٥)، وأبو يعلى فى "مسنده" ١٠/ ٩٩ حديث (٥٧٣١)، وابن حبان فى "صحيحه" ٢/ ١٤٢ حديث (٤١٠)، والطبرانى فى "الصغير" ١/ ٢٣ حديث (٢) والحديث فى "كشف الخفاء" ١/ ٢٣٩ حديث (٦٢٨)، والكامل فى "الضعفاء لابن عدى ٧/ ١٦٤ حديث (٢٠٦٩).

(٣) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وف وم: "الحياة".

نسب الولد منه، فتبين أنه وطئ ملك نفسه، وليس كما لم يعلقها؛ لأن هناك لم يتملك الجارية؛ لأن ولاية التملك عند الإعلاق باعتبار الحاجة إلى إثبات نسب الولد منه، وقد انعدمت هذه الحاجة إذا لم يعلقها، وليس كالأمة المشتركة بين رجلين إذا استولدها أحدهما هناك؛ لأن الوطء فى نصيب الشريك حصل قبل الملك.

بيانه: أن تملك نصيب الشريك هناك وقع بعد الوطء لا قبله؛ لأن التملك قبل الوطء فى مسألتنا باعتبار الحاجة إلى إثبات نسب الولد، وثمة نسب الولد ثابت باعتبار ما له من الملك فى نصيبه، ألا ترى أن الجارية المشتركة إذا كانت مدبرة، فاستولدها أحدهما، صح استيلاده، وإن لم يتملك نصيب صاحبه، أما ههنا مسّت الحاجة إلى تقديم الملك؛ لأن ما للأب من تأويل الملك فى مال الابن، لا يكفى لثبات النسب منه، ألا ترى أنه لو ادعى نسب ولد مدبرة[1] ابنه، لا يصح إلا بتصديق الابن.

وروى بشر: أن آخر ما استقر عليه قول أبى يوسف رحمه الله: إن الجارية لا تصير أم ولد للأب، ولكن الولد حر بالقيمة بمنزلة الولد المغرور، فيغرم الأب عقرها، وقيمة ولدها، وقاسه على ما إذا ادعى ولد جارية مكاتبه، فإنه لا تصير الجارية أم ولد له، فأما ليس للأب فى مال الابن حق الملك، ألا ترى أنه يجوز للابن وطءها، فلا يمكن إثبات النسب من الأب إلا بتقديم الملك له فى الجارية، وإذا قدمنا الملك فى الجارية صار الأب مستولدًا فى ملكه، فتصير الجارية أم ولد له لهذا.

١٧٢٦٨- وإذا اشترى الرجل أمة حاملا، وولدت عنده بعد الشراء بيوم، فادعى أب المشترى الولد، لا يصح دعوته إلا بتصديق الابن؛ لأن العلوق لم تكن متصلا لا بملكه، ولا بتأويل ملكه، ولابد من أحدهما[2] لصحة الدعوى من غير تصديق المالك، وكذلك المدبرة تكون عند الرجل، فتلد ولدًا، فإنه لا تصح دعوة الأب إلا بتصديق الابن؛ لأن تدبير الجارية يمنع صحة الدعوة، والعلوق متصل بتأويل الملك، وإذا لم تصح الدعوة فى حق الجارية لا تصح فى حق الولد.

وروى ابن سماعة عن أبى يوسف: أن دعوة الأب فى ولد مدبرة الابن صحيحة

(١) هكذا فى ظ وف وكان فى الأصل وم: "من يد ابنه".

(٢) وفى ظ: "لأحدهما".

يثبت نسب الولد منه، ويضمن عقرها، وقيمة الولد مدبرًا، وهذا على الأصل الذى ذكرنا لأبى يوسف رحمه الله: أنه لا يتملك الجارية، ولكنه بمنزلة المغرور فى دعوة النسب، وفى هذا القنة والمدبّرة سواء، إلا أنه يضمن قيمته مدبرًا؛ لأنه كما انفصل من أمه انفصل مدبرًا، فإنما يضمن قيمته على الوجه الذى أتلفه بدعوته، وفرق على هذه الرواية بين ولد المدبرة وبين ولد أم الولد. والفرق: أن ولد أم الولد ثابت النسب من مولاها، فيمنع ذلك صحة دعوة الأب، فأما ولد المدبرة غير ثابت النسب من مولاه، فتصح دعوى الأب فيه.

وكذا إذا ادعى ولد مكاتبة ابنه، لا تصح دعوته إلا بتصديق الابن؛ لأن دعوة الأب إنما تصح إذا كانت الجارية محل التملك؛ لأنه إذا صحّت دعوته بتملك الجارية سابقًا على الاستيلاد، والمكاتبة ليست بمحل التملك، ثم يستوى فى هذه الصورة إن ولدته وهى مكاتبة، أو كانت الكتابة بعد الولادة.

وكذلك هذا على وجوه[1]: إما أن كاتب الأم والولد جميعًا، أو كاتب الولد خاصة، وفى هذين الوجهين لا تصح دعوة الأب؛ لأن الولد هو المقصود، وقد ثبت فى الولد من جهة الابن ما يمنع نقله إلى الأب، فلهذا لا تصح دعوة الأب، وإن كاتب الأمّ بعد ما ولدت خاصة، ثم ادعى الأب نسب الولد، قال فى موضع من كتاب الدعوى: لا تصح دعوته، وقال فى موضع آخر: تصح دعوته، ويثبت نسب الولد، ولا يصدق فى حق أمه، قيل: ما ذكر أنه تصح دعوته قول أبى يوسف رحمه الله، وما ذكر أنه لا تصح دعوته قول محمد رحمه الله نص على الخلاف، على ما ذكر أنه تصح دعوته قول أبى يوسف رحمه الله، وما ذكر أنه لاتصح دعوته قول محمد رحمه الله، نص على الخلاف على هذا الوجه فيما إذا باع الابن الأم بعد الولادة، ثم ادعى أبوه نسب الولد على قول أبى يوسف رحمه الله، تصح دعوته، ويثبت نسب الولد، وعلى قول محمد رحمه الله، لا تصح دعوته، ولا يثبت نسب الولد، وستأتى مسألة البيع بعد هذا -إن شاء الله-.

١٧٢٦٩- ويستوى فى دعوة الرجل ولد جارية الابن أن تكون الجارية موطوءة

---

(١) وفى ظ: "وجوده".

الابن، أو لم تكن؛ لأن العلوق قد اتصل بتأويل ملكه فى الحالين، والجارية محل التملك، وإن كان لايحل للأب، فيتملكها بالقيمة، كما لو كاتب محلا[1] له، وإذا قال الأب: وقعت على جارية ابنى، وأنا أعلم أنها علىّ حرام، يصح دعوته، ويثبت نسب الولد كما لو لم يعلم، وإنما أعلم أنها حرام علىّ؛ لأن الوطء فى الحالين جميعًا اتصل بتأويل ملكه.

١٧٢٧٠- وإذا ادعى ولد جارية ابنه، وضمن قيمتها للابن، ثم استحقها رجل، فإن للمستحق أن يأخذ الجارية وعقرها، وقيمة الولد من الأب، أما أخذ الجارية والعقر فظاهر، وأما أخذ قيمة الولد؛ لأن الأب فى معنى المغرور؛ لأنه تملك الجارية على الولد بعوض، وهو القيمة، فصار فى معنى المشترى، والمشترى مغرور فى ولد الجارية عند الاستحقاق، فكذا ههنا، ثم يرجع الأب على الابن بما أخذ منه من قيمة الجارية؛ لأنه تبين أنه لم يتملكها على الابن، وأن الابن ما أخذ بغير حق.

١٧٢٧١- وإذا ولدت أمة الرجل ولدًا، وادعى المولى، وأبوه الولد معًا، صح دعوة الابن، ولاتصح دعوة الأب؛ لأن دعوة الابن سابقة معنى، فيعتبر بما لو كانت سابقة حقيقة.

بيانه: أن دعوة الابن توجب ثبات النسب منه بلا واسطة، ودعوة الأب لا توجب ثبات النسب منه إلا بواسطة التملك، فحال ما يتملكها الأب يثبت نسب الابن، فيكون ثبات النسب من الابن سابقًا على دعوة أبيه من هذا الوجه، ولو كانت دعوة الابن سابقة على دعوة الأب حقيقة، لا تصح دعوة الأب، فههنا كذلك.

١٧٢٧٢- وإذا حبلت جارية الرجل فى ملكه، وولدت ولدًا، فادعاه الجدّ، والوالد حىّ حقيقة، واعتبارًا بأن كان الوالد حرًا مسلمًا، فدعوة الجد باطلة، لانعدام شرط صحة الدعوة، فإن شرط صحة دعوة الجد ولد جارية حافده، أن تكون له تأويل ملك فى جارية حافده من وقت العلوق إلى وقت الدعوة، وأن يكون له ولاية تملك الجارية لحاجة الاستيلاد وقت العلوق إلى وقت الدعوة، فإن الجد يقوم مقام الأب، وشرط صحة دعوة الأب ولد جارية ابنه ما ذكرنا من الأمرين، فكذا شرط صحة دعوة

---

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وف وم: "يحل له".

الجد ولد جارية حافده.

إذا ثبت هذا فنقول: حال قيام الأب حقيقة واعتبارًا، إن كان للجد تأويل الملك في مال حافده حتى قلنا: إن الجدّ إذا وطئ جارية حافده حال قيام الأب حقيقة واعتبارًا، لا يجب الحد على الجدّ، كما لا يجب على الأب، فليس له ولاية تملك مال حافده لحاجة الاستيلاد، إنما يثبت لمن كان له ولاية التصرف في المال إذا كان صاحب المال صغيرًا، كما في الأب؛ لأن الولايات إنما تثبت في حالة الصغر غير أن الثابت للأب في حالة الصغر ولاية التصرف لحاجة الصغير، وولاية التملك بالاستيلاد لحاجة نفسه، وهي الحاجة إلى صيانة ماءه عن الضياع، وصيانة نفسه عن الزنا، فما ثبت من الولاية لحاجة الصغير تزول ببلوغه عن عقل، وما ثبت من الولاية لحاجة نفسه، تبقى بعد البلوغ بطريق ثبوت الولاية للأب في تملك جارية الابن لحاجة الاستيلاد.

وما ذكرنا إذا ثبت هذا، فنقول: مادام الأب حيًا حقيقة واعتبارًا، فليس للجد ولاية التصرّف في مال حافده، وإن كان صغيرًا، فلا يثبت له تملك جارية حافده لحاجة الاستيلاد، فلو صحّت دعوته لصحّت دعوته باعتبار مجرد تأويل الملك، ولا وجه إليه؛ لما ذكرنا أن دعوة الأب صحت باعتبار تأويل الملك، وباعتبار ولاية التملك لحاجة الاستيلاد، ففي الجد يجب أن يكون كذلك.

فإن كان الأب نصرانيًا، والجد والحافد مسلمين، أو كان الأب عبدًا أو مكاتبًا، والجد والحافد حرّين، صحت دعوة الجد؛ لأن للجد ولاية تملك مال حافده لحاجة الاستيلاد في هذه الصورة؛ لأن الأب في حكم الميت في هذه الصورة، ألا ترى أنه يزول ولايته عن المال بالكفر والرق، كما يزول بالموت، ولو مات الأب حقيقة يثبت للجد ولاية تملك مال حافده لحاجة الاستيلاد، وتصح دعوته ولد جارية حافده، كذا ههنا، والدليل عليه أن زوال ولاية الأب بالكفر والرق يعتبر بزوال ولايته بالموت في حق الجد في ثبوت ولاية التصرف في مال الصغرى، وفي حق تملك مال الصغير بالنفقة وبالبيع، حتى لو باع مال حافده من نفسه يجوز، فكذا في حق التملك لحاجة الاستيلاد.

ولو كان الأب مرتدًا، و الجد والحافد مسلمان، فدعوة الجد موقوفة عند أبي

حنيفة إن أسلم الأب، بطلت دعوته، وإن مات، أو قتل على الردة، صحت دعوته، وعلى قول أبي يوسف ومحمد: دعوة الجد باطلة، وهذا لأن دعوة الجد صحة وبطلانًاتبتنى على ولاية الأب زوالا وبقاء، وولاية الأب موقوفة عند أبي حنيفة، فكذا دعوة الجد موقوفة، وعندهما: ولاية الأب باقية بلا توقف، فدعوة الجد يكون باطلا بلا توقف أيضًا.

فإن قيل: على قولهما: يجب أن يتوقف دعوة الجدّ أيضًا؛ لأن التملك بالاستيلاد تصرّف في مال الابن، وولاية المرتد في مال ولده موقوفة عند الكل، نصّ عليه محمد في كتاب الوكالة، إنما الخلاف فيما يتصرف المرتد في مال نفسه، فتكون دعوة الجدّ موقوفة ضرورة.

والجواب عن هذا أن يقال: بأن ولاية التملك بالاستيلاد نظير ولايته على نفسه؛ لأنها إنما تثبت حقّا له، ولهذا لا يزول بالبلوغ عن عقل، وكان نظير الولاية في ماله، لا في مال الابن، وفي توقف ولايته في ماله اختلاف، وكان بطلان دعوة الجد عندهما صحيح.

ولو كانوا جميعًا أحرارًا مسلمين، ثم مات الأب والجارية حامل، فوضعت حملها لأقل من ستة أشهر منذ مات الأب، فادعاه الجد، لم تصح دعوته؛ لما ذكرنا أن من شرط صحة دعوة الجد قيام لاية التملك له من وقت العلوق إلى وقت الدعوة، وقد انعدمت ولاية الملك للجد وقت العلوق حقيقة واعتبارًا، لكون الأب حيّا وقت العلوق حقيقة.

استشهد في الكتاب، فقال: ألا ترى أن رجلا لو اشترى جارية حاملا، فوضعت عنده لستة أشهر، فادعاه والد المشترى، لم تصح دعوته، لانعدام ولاية التملك له وقت العلوق لكونها زائلا عن ملك الإبراء، أورد هذا البيان أن شرط صحة دعوة الجد قيام ولاية التملك له من وقت العلوق إلى وقت الدعوة.

وكذلك لو كان الأب نصرانيّا، والجد والحافد مسلمين، ثم أسلم الأب والجارية حامل، فوضعت حملها لأقل من ستة أشهر، كانت دعوة الجد باطلة، لانعدام ولاية التملك حالة الدعوة بإسلام الأب، وكذلك لو كان الوالد مكاتبًا، وأدى بدل الكتابة،

فعتق قبل دعوة الجد، أو كان عبدًا، فأعتق قبل دعوة الجد، كانت دعوة الجد باطلا لانعدام ولاية التملك له وقت الدعوة.

١٧٢٧٣- قال محمد رحمه الله: إذا كان للرجل جارية حبلت في ملكه، وللرجل والد معتوه، وله جد حرٌ مسلم، فولدت الجارية ولدًا، فادعاه الجد، فدعوته جائزة؛ لأن الأب جعل كالمعدوم بسبب العته لعجزه عن التصرف، وظهر ولاية الجد، وصحّت دعوته، وإن لم يدّع الولد الجد بعد ما أفاق الأب، وإنما ادعاه الأب بعد ما أفاق، القياس أن لا تصح دعوته، وفي الاستحسان: تصح دعوته.

وجه القياس في ذلك ما مرّ أن شرط صحة دعوة الأب قيام حق التملك وقت الدعوة، وههنا لم يكن للأب ولاية التملك وقت الدعوة لكونه معتوهًا، فانعدم شرط صحة الدعوة.

وجه الاستحسان في ذلك: أن الولاية كانت قائمة وقت العلوق، فإن العته لا ينافي الولاية، ولهذا يستوجب نفقته على ولده، والإرث طريقه طريق الولاية، ولهذا تبقى الولاية كالرق، واختلاف الدين يمنع الإرث، وكان من هذا الوجه بمنزلة المعتق، إلا أنه بمنزلة العبد من وجه؛ لأنه عاجز عن التملك، كما أن العبد عاجز إلا أنّ عجز المعتوه لفساد عبارته، وعجز العبد لكونه غير أهل لملك المال، أما فيما يرجع إلى العجز فهما سواء، ولو كان بمنزلة المعتق من كل وجه، بأن كان له ولاية التملك، ويكون قادرًا على التملك صحت دعوته، ولا تصح دعوة الجد، ولو كان بمنزلة العبد من كل وجه بأن لم يكن من أهل التملك أصلا، لا يصح دعوته، ويصح دعوة الجد، فإذا كان بينهما فمن حيث إنه معتوه، تصح دعوته بعد إفاقته، وإن كان علوق الولد قبل إفاقته، ومن حيث إنه بمنزلة العبد، صحت دعوة الجد قبل إفاقته، توفيرًا على الشبهين حظهما.

وجه آخر للاستحسان: أن العته والجنون إنما ينافي الأهلية، والولاية في كل باب إذا كان مستغرقا مدة ذلك الحكم، فأمّا إذا لم يستغرقه فهو ملحق بالنوم والإغماء، ألا ترى أنه لايعمل في الزكاة حتى يستغرق الحول، ولا يمنع الصوم حتى يستغرق الشهر، ولا يمنع الصلاة حتى يرتد على خمس صلوات، وههنا مدة هذا الحكم من حين البلوغ إلى حين الدعوة، ولم يوجد امتداد العته في هذه المدة، فصار ذلك بمنزلة اليوم.

١٧٢٧٤- جئنا إلى بيان دعوة الاستيلاد ، فنقول: دعوة الاستيلاد أن يكون ابتداء العلوق فى ملك المدعى، وشرط صحتها فى المحل قيام الملك وقت العلوق، وأما قيام الملك فى المحل وقت الدعوة، ليس بشرط لصحة الدعوة عند علماءنا الثلاثة حتى إن من باع جارية، وولدت فى يد المشترى لأقل من ستة أشهر من وقت البيع، فادعى البائع الولد، صحّت دعوته استحسانًا؛ لما نبيّن بعد هذا -إن شاء الله تعالى-.

١٧٢٧٥- جئنا إلى بيان دعوة التحرير: فنقول: دعوة التحرير أن لا يكون العلوق فى ملك المدعى، وشرط صحتها قيام الملك للمدعى فى المحل وقت الدعوة.

١٧٢٧٦- جئنا إلى المسائل، قال محمد رحمه الله فى "الأصل": وإذا باع الرجل جارية من غيره، وولدت عند المشترى ولدًا، فادعاه البائع، فهذه المسألة على ثلاثة أوجه: الأول: إذا جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت البيع، وقد علم ذلك، والحكم فيه أنه إذا ادعاه البائع صحت دعوته، صدّقه المشترى أو كذبه حتى ثبت نسب الولد منه، وصارت الجارية أم ولد له، وانتقض البيع، ورد الثمن على المشترى إن كان نقد الثمن، وهذا استحسان، أخذ به علماءنا الثلاثة رحمهم الله تعالى، والقياس أن لا تصح دعوة البائع إذا أكذبه المشترى، وبه أخذ زفر رحمه الله، وجه القياس فى ذلك أن البائع فى الدعوة متناقض ساع فى نقض ما تم به، وهو البيع، فلا يقبل قوله، كما لو قال: كنت أعتقتها، أو دبّرتها قبل البيع.

بيانه: أن إقدامه على البيع إقرار منه أنها ليست بأم ولد له، فيصير بدعوى أمّية الولد بعد ذلك متناقضا. وجه الاستحسان فى ذلك أنا تيقنا بحصول العلوق فى ملك البائع؛ لأن أدنى مدة الحبل ستة أشهر، فإذا جاءت بالولد لأقل من ذلك، وقد تيقنا بحصول العلوق قبل البيع، واتصال العلوق بملك الإنسان نزل منزلة البينة فى إبطال حق الغير عليها، ألا ترى أن جارية المريض إذا جاءت بولد فى ملكه، وادعى نسبه يقول ذلك منزلة البينة فى حق إبطال حق الغرماء والورثة عنها وعن ولدها، وهذا لأن بحصول العلوق فى ملكه ثبت له حق استحقاق النسب بالدعوة، وذلك لا يحتمل الإبطال، فلا تبطل بالبيع.

وما تقول: بأنه متناقض، قلنا: نعم، ولكن طريقه طريق الخفاء، فإن الإنسان قد

لايعلم بالعلوق أصلا، ولا يعلم أن العلوق منه، ثم يعلم بعد ذلك، والتناقض فى هذا عفو، ومثل هذا الخفاء لا يمكن تصوره فى دعوى الإعتاق والتدبير، فإن ادعى المشترى الولد بعد ذلك، فعلى طريق الاستحسان لما صحت دعوة البائع، لا تصح دعوة المشترى، وعلى طريق القياس لمّا لم تصح دعوة البائع، لا تصح دعوة المشترى.

هذا الذى ذكرنا إذا ادعاه البائع وحده، وإن ادعاه المشترى وحده، صحت دعوته أيضًا، وثبت النسب منه، وصارت الجارية أم ولد له، وكانت دعوة المشترى دعوة تحرير؛ لأن العلوق لم يتصل بملكه حتى كان للمشترى ولاء على الولد، كما لو أعتقه المشترى، والمشترى يصح منه تحرير الولد؛ لأنه ملكه، فيصح منه التحرير أيضًا، وإذا صحت دعوة المشترى، وثبت النسب منه، يحمل أمره على جهة يثبت به النسب من نكاح جائز أو فاسد، لا على وجه الزنا.

وإذا صحّت دعوة المشترى لا تصح دعوة البائع بعد ذلك؛ لأنه ثبت فيه حقيقة النسب، وإنه أقوى من حق استحقاق النسب، فيبطل به ما كان للبائع من حق استحقاق النسب ضرورة.

وإن ادعياه جميعًا، يعنى البائع والمشترى، فإن سبق أحدهما صاحبه فى الدعوة، فدعوته أولى، وإن خرج الكلامان معًا، فدعوة البائع أولى عندنا؛ لأنه سابق معنى؛ لأن دعوته دعوة استيلاد، وإنه يستند إلى وقت العلوق، ودعوة المشترى دعوة تحرير، وإنها تقتصر على الحال، فهو معنى قولنا: إن دعوة البائع سابق معنى.

الوجه الثانى: إذا جاءت بالولد لستة أشهر فصاعدًا ما بينهما وبين سنتين من وقت البيع، وقد علم ذلك، فإن ادعى البائع نسب الولد وحده، لا يصح دعوته إلا بتصديق المشترى؛ لأن البائع فى هذه الصورة بعلوق الولد فى ملكه وأحنبى آخر سواء، ولو أن أجنبيّا آخر ادعى نسب هذا الولد، لا يصح دعوته إلا بتصديق المشترى، فههنا كذلك، إلا أن الفرق بين البائع والأجنبى إذا ادعى وصدقه المشترى حتى يثبت النسب من الأجنبى يبقى الولد عند[1] المشترى، ولا تصير الجارية أم ولد الأجنبى، وإذا ادعاه البائع، وصدّقه المشترى، حتى يثبت النسب منه؛ لأنه أم ولد للبائع؛ لأن فى فصل

---

(١) وفى ظ: "عبد".

المشترى بتصادقهما أن الولد ثابت النسب من البائع ثبت علوق الولد فى ملكه؛ لأن احتمال حصول العلوق فى الملكه ثابت، وقد تصادقا عليه، والحق لهما لا يعدوهما، فثبت علوق الولد فى ملكه.

وإن ادعاه المشترى وحده، صحّت دعوته، ويجب أن تكون دعوته دعوة استيلاد، حتى كان الولد حر الأصل، ولا يكون للمشترى عليه ولاء؛ لأنه يزعم أن العلوق حصل فى ملكه، وأمكن تصديقه؛ لأن هذه مدة تصلح لحدوث الولد فيها، وإن ادعياه وخرج الكلامان معًا، أو أحدهما أسبق، فدعوة المشترى أولى على كل حال، كما لو كان المدعى مع المشترى أجنبيًا.

والوجه الثالث: إذا جاءت بالولد لأكثر من سنتين من وقت البيع، وقد علم القاضى ذلك، فإن ادعاه البائع، لا تصح دعوته إلا بتصديق المشترى، وإذا صدقه المشترى حتى صحّت دعوته، ثبت النسب من البائع، ويكون الولد عبدًا للمشترى، ولا تصير الجارية أم ولد؛ لأنهما تصادقا على ثبات النسب من البائع، أما ما تصادقا على كون العُلوق فى ملكه؛ لأن هذه مدة لا تحتمل بقاء الولد فى البطن، فيكون حادثًا بعد زوال ملك البائع لا محالة، بخلاف الوجه الثانى.

وإن ادعياه وخرج الكلامان معًا، أو سبق أحدهما صاحبه، صحّت دعوة المشترى، ولاتصح دعوة البائع.

هذا الذى ذكرنا إذا علم المدة من وقت البيع إلى وقت الولادة، فأما إذا لم يعلم أنها جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت البيع، أو لستة أشهر، فصاعدًا إلى سنتين أو لأكثر من سنتين من وقت البيع، فإن ادعاه البائع لا تصح دعوته إلا بتصديق المشترى؛ لأنا لم نتيقن بكون العُلوق فى ملكه.

وإن ادعاه المشترى، تصح دعوته؛ لأن أكثر ما فى الباب أنا لم نتيقن بعلوق الولد فى ملكه، لكن ذاك لا يمنع صحة دعوة المشترى، كما لو جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت البيع، وإن ادعياه جميعًا، وخرج الكلامان معًا، لم تصح دعوة واحد منهما، ويكون الولد عبدًا للمشترى؛ لأنه وقع الشك فى ثبوت النسب من كل واحد إن كان لأقل من ستة أشهر، لا يثبت من المشترى، ويثبت من البائع، وإن كان لستة أشهر،

أو لأكثر من سنتين، ويثبت النسب من المشترى، ولا يثبت من البائع، فوقع الشك فى ثبوت النسب من كل واحد منهما، فلا يثبت مع الشك، وإن سبق أحدهما صاحبه، فإن سبق المشترى، صحت دعوته، وإن سبق البائع، لم تصح دعوة واحد منهما، لوقوع الشك فى ثبوت النسب من واحد منهما، وإن نفياه فى الوجوه كلها، فهو عبد المشترى لانعدام الدعوة.

هذا كله إذا لم يخرجه عن ملكه، فإن أخرجها عن ملكه، ثم جاءت بولد، فالجواب فى هذه المسألة نظير الجواب فى المسألة الأولى على الوجوه، والتفاصيل التى ذكرنا.

١٧٢٧٧ - قال: وإذا حبلت الجارية فى ملك رجل، ثم باعها، فولدت عند المشترى لأقل من ستة أشهر، ثم إن المشترى أعتق الأم، ثم ادعى البائع الولد، صحّت دعوته فى حق الولد حتى يثبت نسب الولد منه، وحكم بحريته، ولا يصح فى حق الأم، حتى لا تصير الجارية أم ولد له. فرق بين هذا، وبينما إذا أعتق المشترى الولد، ثم ادعاه البائع، فإنه لا تصح دعوته، لا فى حق الولد، ولا فى حق الأم، والوجه فى ذلك أن الولد هو المقصود بالدعوة، والحكم الاستيلاد فى الجارية يثبت تبعًا للولد، ولهذا قال عليه الصلاة والسلام: «أعتقها ولدها»[1]، ولما كان هكذا قلنا: إذا جرى فى الولد من المشترى ما يمنع صحة دعوة البائع فيه، لا تصح دعوة البائع أصلا، لا فى الولد، لقيام المانع به، ولا فى الأم، لكون الأم تبعًا للولد فى حق حكم الاستيلاد، ومتى جرى فى الأم من المشترى ما يمنع صحة دعوة البائع فيها، لا تصح دعوة البائع فيها، ويصح فى الولد، ويثبت نسب الولد من البائع، ولا تصير الجارية أم ولد للبائع، حتى لا يبطل عتق المشترى فى الجارية، ولا يجب على البائع رد حصة الأم من الثمن، وكان ينبغى أن تصير الجارية أم ولد للبائع؛ لأنه من أحكام ثبات نسب الولد منه، ألا ترى أن قبل إعتاق

---

(١) أخرجه عبد الرزاق فى "مصنفه" ٧/ ٢٣٣ حديث (١٢٩٣٧)، والدارقطنى فى "سننه" ٤/ ١٣١-١٣٢، والبيهقى فى "الكبرى" ١٠/ ٣٤٦ حديث (٢١٥٧١)، والحاكم فى "المستدرك" ٢/ ٢٣ حديث (٢١٩١)، وابن الجعد فى "مسنده" ١/ ٢٦٥ حديث (١٧٤٨) الآحاد والمثانى ٥/ ٤٥٠ حديث (٣١٣٢)، وابن حبان فى "المجروحين" ١/ ٢٤٢ حديث (٢٢١)، وابن سعد فى "الطبقات الكبرى" ٨/ ٢١٥.

المشترى الأم فى هذه الصورة إذا ادعى البائع نسب الولد حتى ثبت نسب الولد منه، صارت الجارية أم ولد له حكمًا لثبات نسب الولد منه . والجواب صيرورة الجارية أم ولد للمدعى من أحكام ثبوت النسب، وليس من ضروراته بحيث لا ينفك النسب عنه، بل يجوز الانفكاك عنه بحال، ألا ترى أن ولد المغرور حر ثابت النسب من المستولد، وأنه لا يكون أم ولد له .

إذا ثبت هذا فنقول : صيرورة الجارية أم ولد للمدعى لو لم يكن من ضرورات ثبوت نسب الولد منه، ولا من أحكامه تصير[١] الجارية أم ولد للبائع ادعى البائع الولد قبل إعتاق المشترى عملا بكونه من أحكامه، ولم يجعلها أم ولد البائع إذا ادعاها بعد إعتاق المشترى؛ لأنه ليس من ضروراته عملا بالشبهين بقدر الإمكان، وإذا صحت دعوة البائع فى حق الولد دون الأم، ذكر أن الثمن يقسم على الجارية وعلى الولد على قدر قيمتها، فما أصاب الولد يجب على البائع رده؛ لأنه لم يسلم الولد للمشترى، فلا يسلم للبائع بدله، وما أصاب قيمة الأم يمسكه البائع؛ لأن الأم سلّم للمشترى، فلا يسلم للبائع بدلها، فقد جعل للولد حصة من الثمن، وكان ينبغى أن لا يكون له حصته من الثمن؛ لأنه حدث بعد قبض المشترى .

والجواب : الولد من حيث الصورة حدث بعد قبض المشترى، أما من حيث الحكم فهو حادث قبل قبض المشترى؛ لأنه حدث فى حال للبائع فسخ العقد، فإن للبائع فسخ هذا البيع بالدعوة، وإن قبضه المشترى، كما لو فسخ هذا البيع قبل القبض بالاستهلاك، وإذا كان الولد حادثًا قبل القبض معنى، صار له حصة من الثمن متى استهلكه البائع[٢] بالدعوة، فلهذا صار له حصة من الثمن .

وكذلك الجواب فيما إذا كان دبّرها؛ لأن بالتدبير يثبت حق العتق، فيعتبر بحقيقة العتق، ألا ترى أن فى الولد استوى العتق والتدبير، حتى لم يصح دعوة البائع الولد بعد تدبيره، كما لم يصح دعوته بعد[٣] إعتاقه .

---

(١) هكذا فى ظ، وكان فى ف وم : "لا تصير" .

(٢) هكذا فى وكان فى الأصل وف وم : "المشترى" .

(٣) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وف وم : "قبل" .

ولم يكن شيء من ذلك، ولكنها ماتت عند المشترى، ثم ادعى البائع الولد، فعلى قول أبى حنيفة: تصح دعوته فى حق الولد والأم جميعًا، حتى يجب على البائع رد جميع الثمن على المشترى، كما لو كانت الأم حيّة، وعلى قولهما: لا تصح الدعوة فى حق الأم، كما لو أعتقها المشترى، ولا يلزمه رد الثمن بحصة الأم؛ لأنه تعذر فسخ البيع فيها بعد الموت، كما فى فصل العتق والتدبير.

قالوا: هذه المسألة فى الحاصل بناء على مسألة معروفة أن رقّ أم الولد، هل هو متقوم؟ فعند أبى حنيفة رحمه الله: ليس بمتقوم حتى لا يضمن بالغصب، فكذا لا يكون له حصة من الثمن، وقد زعم البائع أنها أم ولد، وزعمه حجة فى حقه، وعلى قولهما: رقها متقوم، حتى يضمن بالغصب، فيمسك حصتها من الثمن.

ثم فرّق أبو حنيفة بين فصل الموت، وبين فصل العتق والتدبير مع أن البائع زعم أنها ولد له فى الفصول كلها، وجه الفرق له أن فى الفصول المتقدمة القاضى كذب البائع فيما زعم حين جعلها معتقة من المشترى، أو مدبرة أو أم ولد، فلم يسبق لزعمه غيره، فأما ههنا بعد موتها لم يجر الحكم، بخلاف ما زعم البائع، فبقى زعمه معتبرًا فى حقه، فلهذا ردّ جميع الثمن، ولو لم يكن شيء من ذلك، ولكن المشترى باعها من غيره، أو كاتبها، أو زوجها، أو وهبها، وقبضها الموهوب له، ثم إن البائع ادعى الولد، صحّت دعوته فى حق الأم والولد جميعًا، وينقض هذه التصرفات ويرد الجارية على البائع، فهما يحتاجان إلى الفرق بين هذه التصرفات وبين الموت.

والفرق: أن بعد موت الأم إنما لم تصح دعوة البائع فى حق الأم؛ لأنه تعذر فسخ البيع فيها بعد الموت، أما بعد هذه التصرفات فسخ البيع فيها ممكن بواسطة فسخ هذه التصرفات، وهذه التصرفات قابلة للفسخ.

قال: ولو لم يكن شيء من ذلك، ولكن مات الولد عند المشترى، أو قتل، وأخذ المشترى قيمة، ثم ادعاه البائع، وقد كانت ولدت لأقل من ستة أشهر، لم تصح دعوته، لا فى حق الولد؛ لأنه لم يبقَ محلا لثبات النسب، ولا فى حق الأم؛ لأن الأم تبع فى هذا الباب، ولو لم يمت الولد، ولم يقتل، ولكن قطع يده، ثم ادعاه البائع صحّت دعوته؛ لأن بعد القطع بقى محلا لثبات النسب، وإذا صحّت دعوته ثبت نسب الولد

منه، وحكم بحريته، ولكن على الجانى أرش العدوان استندت الحرية إلى حالة العلوق، ولم يمكن إثبات النسب فى حق اليد؛ لأنها فانية، ولم يخلف[1] بدلا فى حق ثبات النسب؛ لأن الأرش لا يصلح بدلا عن الولد فى حق ثبات النسب، وإذا لم تصح الدعوة فى حق اليد[2] لم يثتب الاستناد فى حقه، فبقى اليد[3] بيانًا على حكم الرق، فيجب أرش الرقيق.

١٧٢٧٨- وإذا ولدت الجارية المبيعة فى يد المشترى ولدًا لأقل من ستة أشهر من وقت البيع، فادعاه، وكذبه المشترى، ثم قتل فى يد المشترى، أو قطعت يده عمدًا أو خطأ، فإن على الجانى فى ذلك ما عليه فى جناية الأحرار؛ لأن النسب قد ثبت من البائع ههنا بمجرد دعوته، إذ لا عبرة لتكذيب المشترى إذا كان من وقت الشراء إلى وقت الولادة أقل من ستة أشهر[4] وحكم بحرية الولد من الأصل، وكانت الجناية واردة على الحر.

وكذلك إذا كانت الجناية على الأم، كان على الجانى فى ذلك ما يجب بالجناية على أمّ الولد؛ لأنا حكمنا بأمّية الولد من وقت العلوق بالولد، والجناية كانت بعد ذلك، ولو كانت الجناية من الولد، أو من الأم فى هذه الصورة، فجناية الولد كجناية الحرّ، وجناية الأم كجناية أم الولد؛ لأنا حكمنا بحريّة الولد من الأصل، وحكمنا بأمّية الولد من وقت العلوق بالولد، والجناية منهما كانت بعد ذلك.

وإن كانت الجناية من الولد، أو من الأم قبل دعوة البائع، ثم ادعى البائع نسب الولد، فهو على البائع دون المشترى؛ لأن دعوة البائع قد صحّت وحكم بحريّة الولد من الأصل، وبسبب دعوته، صار الجانى مستحقّا على المشترى، فيعتبر بما لو صار مستحقّا بالبينة، وهناك لا شيء على المشترى من جناية، بل تكون على المستحق، كذا هنا.

١٧٢٧٩- وإذا ولدت الجارية المبيعة فى يد المشترى ولدًا لأقل من ستة أشهر،

---

(١) وفى م: "ولم يحلف" وكان فى ظ: "ولم تحلف".

(٢) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وف وم: "التدبير".

(٣) وكان فى الأصل، فبقى الولد ثابتا على حكم الرق.

(٤) هكذا فى ظ وف وم، وكان فى الأصل: "من ستة أشهر من وقت البيع".

فكبر ابنها وولد له ابن عند المشترى، ثم مات الابن الأول، ثم إن البائع ادعى الولد الثانى، لا يصح دعوته، فرق بين هذا، وبين ولد الملاعنة إذا كبر وولد له ولد، ثم مات الولد المنفى، وبقى ابنه، فادعاه الملاعن صحّت دعوته، وعلوق الولد الثانى لم يكن فى ملك الملاعن، كما فى ولد ولد المبيعة، ثم قال: تصح الدعوة فى مسألة اللعان، ولم تصح فى ولد ولد المبيعة.

والفرق: أن فى ولد ولد الملاعنة إن لم يثبت اتصال العلوق بملكه حقيقة يثبت اتصال العلوق بملكه بحكم من الأحكام اتصال العلوق بملكه، وهو أن لا تصح دعوة الغير إيّاه، وفى ولد ولد المبيعة لم يثبت اتصال العلوق بملكه ولا حكمًا، فإنه لو ادعاه غير البائع صحّت دعوته، ولابدّ لصحة الدعوى من اتصال العلوق بملك المدعى، إما حقيقة أو حكمًا.

١٧٢٨٠- إذا ولدت المبيعة فى يد المشترى لأقل من ستة أشهر من وقت البيع، فشهد شاهدان أن البائع ادعى هذا الولد، والبائع يُنكر، فإن كان المشترى يدّعى ذلك، فالشهادة مقبولة؛ لأنها قامت عن دعوة صحيحة؛ لأن المشترى بهذه الدعوة يدّعى استحقاق الثمن على البائع، وإن كان المشترى لا يدّعى ذلك، فإن كان الولد أنثى، فكذلك الجواب تقبل الشهادة؛ لأن هذه شهادة قامت على عتق الأمة فى حق الولد والأم جميعًا، وإن كان الولد ذكرًا، فكذلك الجواب عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله، تقبل هذه الشهادة؛ لأن عندهما الشهادة قائمة على عتق العبد، فتقبل بدون الدعوة، وأما على قول أبى حنيفة: كان ينبغى أن لا تقبل هذه الشهادة، لا فى حق الولد؛ لأن الشهادة على عتق العبد عنده بدون الدعوة غير مقبولة، ولا فى حق الجارية؛ لأن حق الجارية فى هذا الباب تبع، وإلى هذا مال بعض المشايخ، وبعضهم قالوا: لا، بل هذه الشهادة مقبولة عند أبى حنيفة أيضًا؛ لأن هذه الشهادة وإن قامت على عتق العبد، إلا أنها تضمنت حرمة الفرج؛ لأن عتق الأم مضاف إلى عتق الولد الثابت بالشهادة، وكانت بمنزلة الشهادة القائمة على عتق الأمة، حتى لو كانت الأم ميتة لا تقبل هذه الشهادة عند أبى حنيفة؛ لأنها لا تتضمن حرمة الفرج، فلم تكن بمنزلة الشهادة على عتق الأمة، وإلى هذا مال شيخ الإسلام المعروف بـ"خواهرزاده".

وقال بعضهم: لا، بل هذه الشهادة مقبولة عند أبى حنيفة، وإن كانت الأم ميتة، إذ ليس المقصود ههنا عتق الولد، وإنما المقصود ثبوت النسب والعتق بناء عليه، ويجوز أن يثبت النسب بالشهادة من غير دعوة كالولد إذا ولد، وتصادق الزوجان، أو النكاح بينهما منذ شهر، فشهد الشهود أن النكاح منذ ستة أشهر أو أكثر، فإنه يثبت النسب بهذه الشهادة، وإن انعدمت الدعوة، وإلى هذا مال شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله.

١٧٢٨١- إذا باع الرجل من آخر جارية، ثم ادعى أنها حامل، وأن الحمل منه، فإنه لا تصح دعوته فى الحال، بل تكون موقوفة، وإن رأت النساء، فقلن: بها حبل، أو صدّقه المشترى فى دعوى الحمل، وهذا لأن من شرط صحة دعوة البائع اتصال العلوق بملكه بيقين، ولا يقين فى الحال، لجواز أنها لا تلد لأقل من ستة أشهر من وقت البيع، فيتوقف فيه.

وإن جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر، ظهر أن العلوق كان فى ملكه، وأن دعوته كانت صحيحة، وإن جاءت بالولد لستة أشهر فصاعدًا تبين أن العلوق لم يكن فى ملكه، وإن دعوته وإن لم تصح، فإن ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت البيع، فقال المشترى: أصل الحبل لم يكن فى ملكك، إنما اشتريتها وهى حامل، وقال البائع: لا، بل أصل الحبل كان فى ملكى، فالقول قول البائع؛ لأنا تيقنا أنها كانت حاملا فى يد البائع، فبعد ذلك المشترى يدّعى تاريخًا سابقًا فى العلوق، والبائع ينكر ذلك.

وكان ينبغى أن يكون القول قول المشترى؛ لأن المشترى يدّعى جواز العقد، والبائع يدّعى فساد العقد؛ لأنه يقول: العلوق كان معى، وقد بعت أم الولد، فلم يصح البيع، والقول قول من يدعى الصحة، ألا ترى أنهما إذا اختلفا فى تاريخ الشراء بعد ما ولدت الجارية فى يد المشترى، وادعاه البائع، فقال المشترى: اشتريتها منذ ستة أشهر وأكثر، وقال البائع: لا، بل اشتريتها منى منذ شهر، فالقول قول المشترى؛ لأنه يدعى جواز العقد، كذا ههنا.

والجواب: وهو الفرق بين المسألتين أن فى مسألتنا سبب الفساد ثبت بدليله، فكان القول قول من يدّعى الفساد، كما لو ثبت سبب الفساد بالبينة. بيانه: وهو أن سبب الفساد علوق هذا الولد من جهة البائع، وقد ثبت ذلك بقول البائع؛ لأن الظاهر يشهد

للبائع ؛ لأنه هو الممكن من الوطء دون غيره ، بخلاف ما لو اختلفا في التاريخ ؛ لأن هناك سبب الفساد لم يكن ثابتًا بدليله ؛ لأن سبب الفساد هناك ما يدعيه البائع من التاريخ ، ولم يثبت ذلك بقوله ؛ لأن الظاهر لا يشهد للبائع أنه باع منذ شهر ، وما لم يثبت سبب الفساد بدليل ، فالقول قول من يدعى الجواز .

وإن أقاما البينة ، فالبينة بينة البائع ؛ لأن البائع يثبت تاريخًا سابقًا فى ملكه على العلوق ، وملكه حقه ، فتقبل بينته فى سبق التاريخ فى ذلك ، ولا شك فى هذا على قول أبى يوسف .

واختلف المشايخ على قول محمد ، منهم من قال : قوله هكذا ، ومنهم من قال : على قوله : البينة بينة المشترى ؛ لأنه هو المحتاج إلى إقامة البيّنة .

وأصل هذا فيما إذا اختلفا فى تاريخ الشراء ، وقد ولدت الجارية فى يد المشترى بعد البيع بيوم ، وادعاه البائع ، فقال المشترى : لم تحبل عندك ، وإنما اشتريتها قبل أن بعتها منى منذ شهر ، وقال البائع : لا ، بل اشتريتها منذ سنة ، فالقول قول البائع ، فإن أقاما جميعًا البيّنة ، فالبينة بينة البائع عند أبى يوسف ؛ لأن البائع ببينته يثبت حصول العلوق فى ملكه ، وثبوت حق استحقاق النسب .

وعند محمد : البينة بينة المشترى ؛ لأنه هو المحتاج إلى إثبات التاريخ فى شراءه بالبينة ليثبت أن شراءه كان منذ سنة ، فيمتنع به صحة دعوة البائع .

١٧٢٨٢- وإذا ولدت الجارية المبيعة بنتًا لأقل من ستة أشهر من وقت البيع ، ثم ولدت الابنة ابنًا ، فأعتق المشترى ابن الابنة ، ثم ادعى البائع نسب البنت ، فإنه تصح دعوته ؛ لأن علوق البنت كان متصلا بملكه ، وإذا صحت دعوته فى حق البنت ، صحّت فى حق ابنها حتى يبطل عتق المشترى ؛ لأن من ضرورة حرّية الأم[1] من الأصل حرية الولد ؛ لأنه لا يتصور أن تكون الأم حر الأصل ، وولدها يكون رقيقًا ، بخلاف ما إذا

---

(١) هكذا فى ظ وف وم ، وكان فى الأصل : "لأن من ضرورة حرية ، وفى "الكافى" : إذا باع أمة فولدت عند المشترى ، فقال البائع : بعتها منك منذ شهر ، والولد منى ، وقال المشترى : بعتها منى لأكثر من ستة أشهر ، والولد ليس منك ، فالقول قول المشترى بالاتفاق ، فإن أقام البينة فالبينة للمشترى أيضًا عند المؤلف ، وعند محمد البينة للبائع أرحام الأم من الأصل" قلت : هذه العبارة غير مربوطة .

ادعى البائع الابن بعد ما أعتق المشترى الأم، حيث لا يبطل إعتاق المشترى فى الأم، إذ ليس من ضرورة كون الولد حر الأصل أن تكون الأم أم الولد، كما فى ولد المغرور.

١٧٢٨٣- وإذا حبلت الأمة، وولدت فى يد مولاها، فباعها المولى دون ولدها، وقبض ثمنها، ثم زوّجها المشترى عبدًا له، فولدت ولدًا، ثم مات العبد عنها، فوطئها المشترى بعد انقضاء العدة، فجاءت بولد، وادعاه المشترى، ثم إن البائع ادعى الولد الذى عنده، صحت دعوته فى الولد الذى عنده؛ لأن علوق هذا الولد كان فى ملكه، قال: ولا يصح دعوته فى الولد الذى ادعاه المشترى، ولا فى الجارية؛ لأنه جرى فيها من المشترى ما يمنع صحة دعوة البائع؛ لأنه ثبت للولد حقيقة العتق، وللجارية حق العتق، قال: ويرد المشترى ولد العبد على البائع بحصته من الثمن، فيكون عبد البائع ولد[1] أم الولد يعتق بموته، وهذا لأن البائع حين ادعى الولد الذى عنده، فقد أقر أن الجارية أم ولده، وأن ابن العبد ابن أم ولده، إلا أنه لم يعمل إقراره فى حق الجارية لمانع قائم بها، ولا مانع فى حق الولد، فعمل إقراره فى حقه.

فإذا ادعى البائع بعد ذلك ابن الغلام أنه ابنه، عتق عليه؛ لأنه ملكه منه، ولا يثبت نسبه منه؛ لأنه معروف النسب من غيره، فدعوته إياه كإعتاقه.

١٧٢٨٤- إذا باع الرجل جارية وهى حبلى، فولدت فى يد المشترى بعد البيع بيوم، ثم مكثت سنة، وولدت ولدًا آخر من غير الزوج، فادعى البائع الولدين جميعًا، فهما ابناه، ويرد الأمة إليه، وتكون أم ولد له، ويرد البائع الثمن، إن كان المشترى نقده، وهذا لأن دعوة البائع الولد الأول قد صحّ، وصارت الجارية أم ولد من وقت العلوق به، فتبين أنه باع أم الولد، وبيع أم الولد باطل، وتبيّن أن الولد الثانى ولد أم الولد، وولد أم الولد ثابت النسب من المولى بدون الدعوة، فمع الدعوة أولى.

فلو ادعى البائع والمشترى الولدين جميعًا معًا، صحّت دعوة البائع، ولا تصح دعوة المشترى؛ لأن دعوة البائع سابقة معنى، وكانت أولى بالاعتبار كما لو كانت سابقة حقيقة، ولو كان المشترى ادعى الولد الآخر ابتداء، أجزت دعوته، وجعلت الجارية أم ولد له، فإن ادعى البائع بعد ذلك الولد الأول، صحّت دعوته فى حق الولد، ولم تصح

(١) وكان فى ظ: "ولو".

دعوته فى حق الجارية، والولد حر؛ لأنه جرى فيهما من المشترى ما يمنع صحة دعوة البائع.

١٧٢٨٥- قال محمد رحمه الله فى "الجامع": رجل له جارية فحبلت، فباعها من رجل، فولدت من يد المشترى ولدًا، فادعى الولد أب البائع، وكذّبه المشترى، وصدّقه البائع أو كذّبه، فدعوته باطلة، ولا يثبت نسب الولد منه، ولا ينظر فى هذا إلى تصديق البائع وتكذيبه، وإنما ينظر إلى تكذيب المشترى وتصديقه؛ لأن الجارية خرجت عن ملك البائع ظاهرًا، وصار البائع كالأجنبى عنها، فصار تكذيبه وتصديقه فى بيان ثبات النسب كتصديق الأجنبى وتكذيبه.

فرق بين هذا، وبينما إذا ادعى البائع نسب هذا الولد بنفسه، حيث تصح دعوته وإن كذبه المشترى، والفرق من وجوه: أحدها: ما ذكرنا أن الأب يتملك جارية الابن سابقًا على الاستيلاد، حتى يصير مستولدًا ملك نفسه؛ لأن استيلاد الأب إنما يصح فى ملك نفسه للابن.

إذا ثبت هذا، فنقول: الثابت للابن متى حصل العلوق فى ملك الابن، تملك الجارية على الابن، ثم الاستيلاد صحته بناءً عليه، وقد ثبت للمشترى حقيقة الملك بالبيع من حيث الظاهر، وكل واحد منهما أعنى حقيقة الملك، وحق الملك قابل للنقص، وتعذر مراعاتهما، وكان مراعاة حقيقة الملك أولى، فأما الثابت للبائع بحصول العلوق فى ملكه قبل البيع حق استحقاق نسب الولد، لا حق تملك الجارية، فإنها كانت مملوكة على الحقيقة وقت العلوق، وهذا الحق مما لا يحتمل النقض؛ لأن الحق معتبر بالحقيقة، وحقيقة النسب لا تحتمل النقض بعد ثبوتها، فكذا الحق، وملك المشترى يحتمل النقض، ولا شك أن مراعاة ما لا يحتمل النقض أولى.

قياس مسألة الأب من البائع لو ادعى المشترى أنه أعتقه حتى يثبت حقيقة النسب، أو الولاء الذى هو كلحمة النسب من المشترى، ولو كان هكذا كان مراعاة حقيقة النسب أولى من مراعاة حق النسب.

الفرق الثانى: أن طريق تصحيح دعوة الأب ولد جارية ابنه لما كان تقديم الملك للأب فى الجارية على الوطء ليصير الأب مستولدًا ملك نفسه، فنقول: تقديم الملك

للأب فى الجارية على الوطء غير ممكن ههنا ؛ لأن الأب يدعى ملكًا خفيًا لينقض به ملكًا ظاهرًا ؛ لأن ملك المشترى فى الجارية ظاهر وقت الدعوة ، وملك الأب خفى وقت الوطء ، ومن ادعى ملكًا خفيًا لينقض ملكًا ظاهرًا ، لا تسمع دعواه ، ألا ترى أن أب البائع بعد ما باع الجارية والولد لو ادعى أن البائع قد كان باع الولد منه قبل أن يبيعه من هذا ، لا تصح دعواه ، وإنما لا تصح لما قلنا ، بخلاف ما إذا ادعى البائع نسب الولد بنفسه ؛ لأن ملك البائع فى الجارية ظاهر وقت العلوق ، وتيقنا أن العلوق حصل فى ملكه ؛ لأن موضوع المسألة فى دعوة البائع فيما إذا جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر ، إلا أنه لا يثبت نسب الولد بدون دعوته ؛ لأن له فى ولد جارية الابن حق الملك لكونه متولدًا من ملكه ، ويحتمل أن يكون هذا الولد من غيره ، فلايبطل حق ملكه عن الولد بالشك ، وإذا ادعى فقد ارتفع هذا الشك ، وتبيّن أن هذا الولد ولده ، وأنه باع أم ولده ، فهو معنى قولنا : إن ملك البائع ظاهر وقت العلوق ، فجاز أن يقبل قوله ، وينقض ملك المشترى .

والدليل على الفرق بينهما أن الجارية لو لم تكن فى ملك الابن وقت العلوق بهذا الولد ، ثم اشتراه الابن ، فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر حتى علم أن العلوق لم يكن فى ملك المشترى ، فادعى الولد أب المشترى ، لا يصح دعوته ، ولو ادعاه المشترى ، صحت دعوته ، فإذا وقع الفرق بين دعوة الأب ولد جارية الابن وبين دعوة الابن ولد جاريته فيما إذا لم تكن الجارية فى ملك الابن وقت العلوق ، جاز أن يقع الفرق بين دعوتهما إذا لم تكن الجارية فى ملك الابن وقت الدعوة أيضًا .

الفرق الثالث : أن الأب بهذه الدعوة يدعى على الابن تملك الجارية عليه بالقيمة قبل البيع ، وتملك الشىء بالقيمة فى معنى الشراء ، وليس له على ذلك دليل وقت الدعوة ، فصار بمنزلة ما لو ادعى على الابن أنه قد كان اشترى هذه الجارية منه قبل البيع ، فأما البائع بهذا البيع ليس يدعى تملك الجارية على المشترى ، بل يتكرر زوالها عن ملكه ؛ لأنه يقول : صارت أم ولد لى ، ولم يصح نفى فيها ، وله على ذلك دليل ظاهر ، وهو علوق الولد فى ملكه .

فإن قيل : أليس أن الأب لو ادعى قبل البيع صحّت دعوته ، وقد ادعى تملك

الجارية على الابن بالقيمة، ولم يجعل ذلك بمنزلة دعوى الشراء.

قلنا: جعل ذلك بمنزلة دعوى الشراء أيضًا، إلا أن له على هذه الدعوة دليل ظاهر، وهو ماله من تأويل الملك وقت العلوق ووقت الدعوة، فلهذا افترقا.

الفرق الرابع: أن دعوة الأب دعوة تملك، والتملك لا يعمل فى ملك الغير، أما دعوة الابن دعوة استيلاد، والاستيلاد قد يعمل فى ملك الغير، كما فى الجارية المشتركة بين اثنين.

هذا الذى ذكرنا إذا كذبه المشترى، وصدّقه البائع، أو كذّبه، فأمّا إذا صدّقه المشترى، وكذّبه البائع، صحت دعوته؛ لأن الجارية مع الولد ملك المشترى، فإذا صدّق المشترى أب البائع فى دعوته، فقد أقر أن الجارية أم ولده، وأن الولد ولده، وأنه تملك الجارية على البائع قبل تملكه إياها، وكل ذلك إقرار على نفسه، وإقرار الإنسان على نفسه صحيح، ألا ترى أن أجنبيًا آخر لو ادعى نسب هذا الولد، وصدّقه المشترى، صحت دعوته مع أنه ليس للأجنبى فى الجارية تأويل الملك، فههنا أولى، ولكن لا يبرأ المشترى عن الثمن بتصديقه أب البائع فى دعوته؛ لأن تصديقه يعتبر فيما عليه لا فيما له، وصيرورة الجارية أم ولد لأب البائع، وثبوت نسبه والولد منه أمر على المشترى، فيعتبر تصديق المشترى فى ذلك، أمّا براءة المشترى عن الثمن أمر له، فلا يعتبر تصديقه فى ذلك، ولا يضمن أب البائع شيئًا من قيمة الجارية للبائع، وإن زعم أنه يملك الجارية على البائع بالاستيلاد، ويملك الأب جارية ابنه بالاستيلاد يوجب القيمة على الأب، إلا أن البائع كذب الأب فى ذلك، فالتحق زعمه بالعدم، وليس للمشترى على أب البائع شيء من قيمة الجارية، ولا من قيمة الولد، أما من قيمة الجارية فلأنه وإن زعم أن الأب تملك[1] الجارية، إلا أنه زعم تملكها على الابن، وهو البائع لا على نفسه، وكان مدعيًا القيمة للبائع، لا لنفسه، وأما من قيمة الولد، فلأن فى زعمه أن الأب يملك الجارية سابقًا على الاستيلاد، وأن الولد علق حر الأصل، فلا يكون مدعيًا قيمة الولد أصلا.

ولو صدقاه جميعًا، يعنى المشترى والبائع، صارت الجارية أم ولد له، وثبت نسب الولد منه، ورجع المشترى بالثمن على البائع؛ لأن بتصادقهم ظهر أن البائع باع أم ولد

(١) وفى الأصل: "يملك".

الغير، وأن بيعه باطل، وأن البائع أخذ الثمن، ولا ثمن له، فيؤمر بالرد، وضمن الأب قيمة الجارية للبائع؛ لأنهما تصادقا على تملك الأب جارية البائع سابقًا على الاستيلاد، وإنه يوجب القيمة على ما عُرف.

١٧٢٨٦- قال محمد رحمه الله: فإذا كانت الجارية لرجل ولدت في ملكه ولدين في بطن واحد، فباع أحد الولدين، ثم إن أب البائع ادعى الولدين جميعًا، وكذّبه البائع والمشتري في ذلك، صحّت دعوته، وصارت الجارية أم ولد له، وثبت نسب الولدين منه، ويغرم قيمة الجارية للابن، ويعتق الولد الذي لم يبع بغير قيمة، والولد الذي بيع يكون عبدًا للمشتري على حاله، أما صحّة الدعوة، وصيرورة الجارية أم ولد للمدعي، وثبوت نسب الولد الذي لم يبع منه، فلوجود شرطه وهو حق التملك من وقت العلوق إلى وقت الدعوة، وكون الجارية قابلة للنقل من وقت العلوق إلى وقت الدعوة، وأما ثبوت نسب الولد الذي بيع منه؛ لأنهما توأمان خُلقا من ماء واحد، فلا يتصور انفكاك أحدهما عن الآخر في حق النسب، وإذا ثبت نسب أحدهما، ثبت نسب الآخر ضرورة، وأما عتق الولد الذي لم يبع بغير قيمة؛ لأنه علق حر الأصل.

وأما كون الولد الآخر عبدًا للمشتري، فقد اختلفت عبارة المشايخ في تخريجه، بعضهم قالوا: لأن ملك المشتري ثبت فيه من حيث الظاهر، فلا يبطل عنه ملكه بدعوة غيره إلا لضرورة، ولا ضرورة ههنا؛ لأن أكثر ما فيه أنا حكمنا بحرية الولد الذي لم يبع إلا أن كل واحد منهما شخص على حدة منفصل عن صاحبه وعن الأم، وليس من ضرورة عتق أحد الشخصين المنفصلين عتق الآخر، ويجعل في حق الابن المبيع كأن الابن الآخر عتق للحال بعتق مبتدأ صيانة لملك المشتري، وعتق أحدهما بإعتاق مبتدأ لا يوجب عتق الآخر.

توضيحه: أن العتق شرع بطريق الأصل عند العلوق وبطريق الابتداء، ففي[1] حق الولد المبيع عتق الذي لم يبع حمل على الابتداء صيانة لملكه بخلاف النسب؛ لأن النسب يستند إلى وقت العلوق، ولا يتصور ثبوته إلا بطريق واحد، وهو التبيين من الأصل، فإذا ثبت نسب البعض ثبت نسب الكل؛ لأنهما خلقا من ماء واحد، فلا يتصور

(١) هكذا في ظ، وكان في الأصل وف وم: "فهي حق الولد".

التبعيض فيه، فلهذا افترقا.

فإن قيل: حكمنا بحرية الولد الذى لم يبع من الأصل، ومن ضرورة حريته من الأصل حريّة الولد الآخر من الأصل؛ لأنهما توأمان خلقا من ماء واحد.

قلنا: حرّية الولد الذى لم يبع من الأصل يظهر فى حقه، أما لا يظهر فى حق الولد المبيع، ويجعل فى حق الولد المبيع كأن عتق الذى لم يبع ثبت بإعتاق مبتدأ على ما مرّ، ولايوجب الشراء به[1].

فإن قيل: إن لم تتحقق الضرورة من الوجه الذى قلتم، تحققت من وجه آخر، فإن نسب الولد المبيع قد ثبت من المدعى، ومن ضرورة ثبوت نسبه منه أن يكون العلوق حاصلا فى ملكه، ومن ضرورة حصول علوقه فى ملكه أن يكون حر الأصل.

قلنا: ثبوت نسب الولد المبيع منه كان بطريق الضرورة لا بدليل توجّه، بل الدليل بخلافه. بيانه: أن من شرط صحّة الدعوة وثبوت النسب فى ولد جارية الابن قيام حق التملك من وقت العلوق إلى وقت الدعوة، وقد انعدم الشرط فى حق الولد المبيع، فتنعدم صحة الدعوى فى حقه، فينبغى أن لا يثبت نسبه منه، وإنما أثبتناه ضرورة أنه ثبت نسب الولد الذى لم يبع، وهما توأمان، والثابت بالضرورة لا يعدو موضع الضرورة فى حق ثبات النسب، أما لا ضرورة فى حق الحرية، فصار فى حق حريّة الولد المبيع كأنه لم يوجد منه الدعوة أصلا، أليس أنه لا يعتق هذا الولد، كذا ههنا، أكثر ما فيه أنه ثبت نسب هذا الولد منه، ولكن ليس من ضرورة ثبوت نسب الولد منه عتقه، ألا ترى أنه لو استولد جارية الغير بالنكاح، ثبت نسب الولد منه، وإن كان لا يعتق، كذا ههنا.

وبعضهم قالوا: لأنه حين ادعى كان الولدان منفصلين، ومن شرط صحة دعوة الأب قيام ملك ولده فيهم، وإنه معدوم فى حق الولد المبيع، فصحت الدعوة بقدر وجود شرطه، فصحت فى حق الولد الثانى و الأم دون المبيع، فالحجة إنما ثبتت بقدر شرطها، كتصديق المشترى الأب فى المسألة الأولى ثبت فى حق الأم دون الابن، وتعتبر الدعوة فى حق الولد المبيع إعتاقًا فاسدًا، فصارت الدعوة فى حق الابن المبيع كأنها لم تكن، بخلاف ما لو أعتق المشترى الولد، ثم إن البائع ادعى الثانى، فإن الدعوة تصح،

(١) هكذا فى الأصل وف وم، وكان فى ظ: "السراية".

وينقض إعتاق المشترى ضرورة صحة الدعوة فى الثانى، وإن كانت دعوة البائع لا تصح فى الولد المبيع بعد العتق، كما أن دعوة الأب لا تصح فى الولد بعد البيع .

والفرق : أن شرط صحة دعوة البائع الملك عند العلوق، وملك البائع كان قائمًا وقت العلوق بالولدين، فصحت الدعوة لقيام شرطها مطلقًا، وظهر ثبوتها فى حق الولدين جميعًا، ولما ظهرت لم يجز أن يكون أحد الولدين علق حرًّا دون الآخر؛ لأنهما خلقا من ماء واحد، فظهر بطلان إعتاق المشترى بعتق هو فوقه، فأما دعوة الأب فإنما تصح بقيام ولاية التملك للحال، لا عند العتق، وفى الحال الأولاد والأم منفصل بعضها عن بعض، والشرط منقطع فى حق الولد المبيع، فينعدم ثبوت الدعوى فى حقه، فلا يجعل الولد الثانى حر الأصل فى حقه، بل يجعل فى حقه كأنه عتق بإعتاقه مبتدأ، فلا يوجب السراية إليه، وصار كما لو اشترى عبدًا أقر أنه حر الأصل، ثبت فى حقه كذلك، ولا يكون له ولاية، وهو فى حق البائع بمنزلة إعتاق مبتدأ؛ لأنه لم يصدق عليه، كذا ههنا .

فإن قيل : إذا لم تصح دعوة الأب فى حق الولد المبيع، ينبغى أن لا يثبت نسب الولد المبيع منه .

قلنا : نحن إنما لم نصدّق الأب على المشترى، وقطعنا شرط صحته صيانة لملك المشترى عليه، ألا ترى لو صدق المشترى الأب، صحّت دعوته فى حق الولدين، فتعذر انقطاع شرط الصحة بقدر ما يصون به ملكه، وذلك فى أن لا يعتق لا فى أن لا يثبت النسب، فيثبت نسب الولد المبيع من الأب، وإن كان لا يعتق عليه، وإنما يغرم الأب فى هذه الصورة قيمة جارية الابن؛ لأنه تملكها بالاستيلاد، وإنه يوجب القيمة، ولا يجب العقر على عندنا، خلافًا للشافعى، والمسألة معروفة .

هذا الذى ذكرنا إذا باع أحد الولدين لا غير، فإن كان باع الجارية مع أحد الولدين، ثم إن أب البائع ادعى نسب الولدين جميعًا، وكذّبه المشترى والبائع، فعلى قول محمد رحمه الله : دعوة الأب فى هذه الصورة باطلة، وعلى قول أبى يوسف : دعوة الأب لا تصح فى حق الجارية، ولا تصير الجارية أم ولد له، وتصح دعوته فى حق الولدين نسبًا، فيثبت نسب الولدين منه، ولا تصح دعوته فى حق الولدين حرية، فلا

يحكم بحرية الولد المبيع، بل يكون عبدًا للمشترى، والولد الثانى يكون حرًا بالقيمة.

وجه قول محمد فى المسألة: إن من شرط صحة دعوة الأب قيام حق تملك الجارية للأب من وقت العلوق إلى وقت الدعوة ليصير الأب متملكًا الجارية سابقًا على الوطء، فيصير مستولدًا ملك نفسه، وقد فات هذا بالبيع، فلا تصح دعوته فى حق الجارية، وما لم يثبت تملك الجارية لا يثبت نسب الولدين؛ لأن ثبات نسب ولد جارية الابن من الأب من حيث وقوع الاستيلاد فى ملك الأب، ولم يوجد، وصار كما لو ادعى نسب ولد مدبرة الابن، أو نسب ولد مكاتبة الابن، أو نسب ولد أم ولد الابن.

وجه قول أبى يوسف: إن البائع لو لم يبع الجاريةوالولدين حتى ادعاه الأب، صحت دعوته فى الكل، ولو باع الجارية والمدبرين، لم تصح دعوته فى الكل، فإذا باع البعض دون البعض، كان لكل بعض حكم نفسه، والمعنى فى ذلك أن حق الدعوة كان ثابتًا للأب قبل البيع، لقيام ملك الابن، ولو بطل إنما يبطل حكمًا لزوال ملك الابن، فإنما يبطل بقدر ما زال ملك الابن عنه، بخلاف ولد المدبرة والمكاتبة؛ لأن حق الدعوة لم يكن ثابتًا للأب هناك لفوات شرطه. أمّا ههنا بخلافه، ولكن المقصود بالدعوة الولد دون الأم بدليل أن الأم يضاف إلى الولد، ولا يضاف الولد إلى الأم، يقال: أم الولد، ولا يقال: ولد الأم، ويدل عليه قوله عليه الصلاة والسلام: «أعتقها ولدها»[1]، وما هو المقصود بالدعوة على حاله، لم يحدث فيه ما يمنع نقل الملك إليه، فتصح دعوته فيه، وإن لم تصح دعوته فى الأم، ومثل هذا جائز، ألا ترى أنه لو باع جارية من إنسان، وجاءت فى يد المشترى بولد، وأعتق المشترى الجارية، ثم إن البائع ادّعى نسب الولد صحّت دعوته فى حق الولد، وإن لم تصح دعوته فى حق الأم.

وكذلك إذا ماتت الجارية مع أحد الولدين فى مسألتنا، ثم إن أب البائع ادّعى نسب الولدين، صحت دعوته فى حق الولد الحى، وإن كان لا تصح فى حق الأم، وخروجها عن ملك الابن بالموت كخروجها عن ملكه بالبيع، ثم هناك لما لم يمنع صحة دعوته فى الولد الثانى، كذا ههنا، والدليل عليه أن ولد المغرور ثابت النسب من المغرور، ويكون حرًا بالقيمة، وأمّه تكون رقيقة على حالها، وليس كما لو ادعى نسب

(١) قد مضى تخريجه فى الصفحة الماضية.

ولد مكاتبة الابن، أو مدبرة ابنه؛ لأن ولد المدبرة مدبر، وولد المكاتبة مكاتب، فقد حدث في الولد هناك ما يمنع النقل إلى ملكه، كما حدث ذلك في الأم، فلم يصح الدعوة هناك أصلا، أما ههنا فبخلافه، ويكون الولد الذى لم يبع حرّاً[1] بالقيمة؛ لأنه لا يتملك الجارية ههنا سابقًا على الاستيلاد، ليكون العلوق حاصلا في ملكه، فيكون حر الأصل، فيكون حرّاً بغير قيمة، ولابد وأن يظهر قيمة الولد، فجعلناه حرّاً بالقيمة، بخلاف ما إذا كانت الجارية في ملكه؛ لأن هناك يتملك الجارية سابقًا على الاستيلاد، فيكون العلوق حاصلا في ملكه، فيكون الولد حر الأصل، فيكون حرّاً بغير قيمة، ولأن الأب مصدّق في حق نفسه، وإذا ادعى نسب الولدين، حمل أمره على أنه أصابها بناءً على أن له حق التملك على ولده، وأن الظاهر في ملك ولده الدوام، ووجود شرط التملك يوم الدعوة، وإذا بيعت فقد عدم شرط التملك فيها، ولكن بعد صحته بناءً للأمر على الظاهر، فصار مغروراً بمنزلة الذى يصيب الجارية، ويستولدها على أنها ملكه بناءً على سبب أفاد الملك له ظاهراً، فإذا استحقت صار مغروراً، كذا ههنا، ولمّا ثبت الغرور وقع الاستغناء عن تملك الجارية؛ لأن الغرور بمنزلة عقد النكاح في إثبات النسب، وعند وجود عقد النكاح يستغنى عن تملك الجارية، كذا ههنا، ولأجل ما ذكر غُرم الأب قيمة الولد الثاني، فيثبت نسب الولد المبيع، ولكن لا يعتق لما ذكرنا.

هذا الذى ذكرنا إذا كذبه المشترى والبائع، فأمّا إذا صدّقه المشترى، وكذّبه البائع، فالجارية تصير أم ولد له بلا خلاف، وعليه قيمتها للابن، ويثبت نسب الولدين منه بلاخلاف، ويصير الولد المبيع حرّاً بغير قيمة بلا خلاف، وأما الولد الثاني فهو حر بالقيمة على الأب عند أبى يوسف، وعند محمد: هو حر بغير قيمة، وإنما صارت الجارية أم ولد له، وكان الولد المبيع حرّاً بغير قيمة باعتبار أن المشترى لما صدّقه في دعواه، فقد أقر أن الجارية صارت أم ولد له، وأن الولد المبيع علق حر الأصل، وأن البيع لم يصح فيهما، ولى حق الرجوع على البائع، ويصدّق فيما عدا ذلك؛ لأن فيما عدا ذلك كله إقرار على المشترى، وهو مالك لذلك من حيث الظاهر، وإنما ثبت نسب الولدين بدون تصديق المشترى، فمع تصديق المشترى أولى.

---

(١) وفى الأصل وف: "لم يقع".

وأما على قول محمد: فلأنه يثبت نسب الولد المشترى بتصديق المشترى، وهما توأمان خلقا من ماء واحد، فإذا ثبت أحدهما ثبت الآخر ضرورة، وأما الولد الباقى فى يد البائع، فعلى قول أبى يوسف: هو حر بالقيمة؛ لأنه كان عتق بالقيمة حقًا للبائع قبل تصديق المشترى، فلا يبطل ذلك بتصديق المشترى، وعلى قول محمد رحمه الله: يعتق بغير قيمة؛ لأن على قوله: لم يثبت نسب الولدين من المدعى أصلا قبل تصديق المشترى، وتصديق المشترى يثبت نسب الولد المشترى منه، ومن ضرورته ثبوت نسب الباقى فى يد البائع منه؛ لأنهما توأمان، وإذا ثبت نسب الولد منه، صار أخا للبائع، وهو ملكه ظاهرًا، والأخ يعتق على أخيه بالقرابة بغير شىء.

ولو أن البائع صدّق والده فيما ادعى، وكذّبه المشترى، يثبت نسب الولدين من أبى البائع، مشايخنا ظنّوا أنما ذكرنا أنه يثبت نسب الولدين من البائع قول أبى يوسف، وأما على قول محمد: فينبغى أن لا يثبت نسب الولدين منه؛ لأن محمدًا رحمه الله يعتبر الأم أصلا فى هذا الباب، والولد تبعًا، وتعذّر تصحيح دعوته فى حق الأم على ما مرّ قبل هذا، فكيف تصح دعوته فى حق الولد، والصحيح أن ما ذكر قول الكل، أما عند أبى يوسف فلأن عنده يثبت نسب الولدين من الأب عند تكذيبهما، فعند تصديق البائع أولى، وأما عند محمد رحمه الله فلأن بتصديق البائع يثبت نسب الولد الذى لم يبع منه؛ لأن الأب لا يكون أدنى حالا من الأجنبى، ولو كان أجنبيًا ادعى نسبه، وصدّقه الابن، يثبت نسبه منه، فههنا أولى، ومن ضرورة ثبوت نسب هذا ثبات نسب الآخر، ويكون الولد الذى عند البائع حرًا بغير قيمة، لاعتراف مالكه أنه حر الأصل، والجارية والولد المبيع مملوكان للمشترى؛ لأن البائع والمدعية لا يصدقان على المشترى، وليس من ضرورة الحكم بحرية أحد الولدين الحكم بحرية الأم والولد الآخر؛ لما مر.

ثم إن محمدًا رحمه الله ذكر فى الكتاب حكم الولد فى هذا الفصل، ولم يذكر حكم الأم، وكان القاضى الإمام أبو حازم والقاضى الإمام أبو الهيثم رحمهما الله يقولان: على قياس قول أبى يوسف ومحمد: يضمن البائع قيمة الجارية أم ولد للمدعى، وهو الأب؛ لأنه لما صدق أباه، فقد أقر أنه باع أم ولد أبيه، وسلّمها، وبه يصير غاصبًا، وأم الولد عندهما مضمونة بالغصب، ويضمن المدعى، وهو الأب

للبائع، وهو ابنه قيمتها قنة؛ لأنهما تصادقا أن الأب استولد جارية الابن، وأنه تملكها بالقيمة، وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله: لايضمن البائع لوالده شيئًا؛ لأن أم الولد لا يضمن بالغصب عنده.

ووقال أكثر مشايخنا: لا يضمن أحدهما لصاحبه شيئًا بالاتفاق، أما عند أبي حنيفة فالبائع لا يضمن شيئًا للأب لما مرّ، والأب لا يضمن لابنه شيئًا من قيمة الجارية قنّة؛ لأن ثمنها سالم للبائع لما بقي البيع صحيحًا في حق المشترى، والثمن عوض عن الجارية، فلو أخذ البائع من الأب قيمة الجارية، يجتمع في ملكه عوضان بإزاء معوّض واحد، وإنه لا يجوز، وأما عندهما فالأب لا يضمن لهذه العلة أيضًا، ولا يضمن الابن أيضًا، وإن أقر بغصب أم الولد بالبيع والتسليم؛ لأن القاضي لما قضى بصحة البيع، وكونها مملوكة للمشترى، فقد كذّبه فيما أقر، فيلحق إقراره بالعدم.

١٧٢٨٧- جارية لرجل حبلت في ملكه، فباعها وهي حامل، وقبضها المشترى، ثم اشتراها البائع، فوضعت حملها في يده لأقل من ستة أشهر، فادعاه أب البائع الأول، وكذّبه ابنه في ذلك، كان دعوة الأب باطلة؛ لما ذكرنا أن من شرط صحة الدعوة قيام حق التملك فيما بين الدعوة والعلوق، وهذا لما ذكرنا أن دعوة الأب متى صحّت تستند إلى وقت العلوق، ولهذا تعلق الولد حرّا، وانقطاع ولاية التملك فيما بين العلوق والدعوة يمنع الاستناد إلى وقت العلوق، فلا تصح دعوته لهذا.

ولو صدّقه الابن، كانت الجارية أم ولد له بالقيمة، وثبت نسب الولد، ويكون حرّا بغير قيمة؛ لأن الملك للابن، وقد أقر بكونها أم ولد لابنه[1] من وقت العلوق، وأن بيعه كان باطلا، فيقبل قوله في حقه، ولا يقبل في حق المشترى حتى لا ينتقض البيع الذي كان جرى بينهما.

ولو أن المشترى لم يبعها من البائع، ولكنه ردها بعيب بقضاء القاضي، أو بغير قضاء القاضي، أو بخيار الشرط، أو بخيار الرؤية، أو كان البيع فاسدًا، وقد قبضها المشترى، فردها على البائع بحكم فساد البيع، ثم إن البائع ادعى الولد، فهذا والأول سواء في جميع ما وصفت لك؛ لأنه انقطع ولاية التملك فيما بين طرفي العلوق،

(١) هكذا في ظ، وكان في الأصل وف وم: "لابنه".

والدعوة لزوال الجارية عن ملك الابن بالبيع ، وبأن عادت الجارية إلى قديم ملك الابن في حقها ، وفي حق الثالث لم يتبين أنه لم يكن زائلا عن ملكه ، فلا يتبين أن حق التملك للأب لم يكن ساقطًا ، وهو المانع من صحة دعوة الأب .

ألا ترى أن من اشترى شيئًا لم يره ، ثم رد عليه بقضاء قاضٍ ، أو بخيار الرؤية ، فإنه لا يعود خيار الرؤية للمشتري الأول ، وإن عاد إلى قديم ملكه ، ولم يجعل كأنه لم يبع ، ولم يزل عن ملكه .

ألا ترى أن من اشترى دارًا ، ووجب للمشتري فيها شفعة ، ثم إن المشتري ردها بالعيب بقضاء قاضٍ ، أو بخيار الرؤية ، كان للشفيع فيها حق الشفعة ، وإن عاد إلى قديم ملك البائع ، ولم يجعل كأن الدار لم تخرج عن ملك البائع ، ولم تدخل في ملك المشتري قط ، وكذلك لو[1] اشترى منكوحته حتى فسد النكاح ، ثم ردها بالعيب بقضاء قاضٍ أو بخيار الرؤية ، فإنه لا يعود النكاح ، وإن عاد إلى قديم ملك البائع ، ولم يجعل كأنها لم تخرج عن ملك البائع ، ولم يملكها المشتري ، فكذا هنا وجب أن يكون كذلك ، وإذا بقي الزوال على حاله ، كان ولاية التملك منقطعًا فيما بينهما ، فلم تصح دعوته .

فإن قيل : هذا يشكل بخيار العيب ، فإنه يسقط بيع المشتري من غيره ، ثم يعود إذا عاد قديم ملكه ، وجعل كأنه لم يبع ولم يزل عن ملكه قط ، حتى كان له الرد على بائعه .

قلنا : نحن لا نقول : بأن حقه في الرد بالعيب سقط بالبيع ، وكيف يسقط ولم يكن عالمًا؟ لكن تأخر لعجزه عن الرد ، إلا أنه لا يكون له الرجوع بنقصان العيب لوجهين : أحدهما : أن التملك من المشتري يثبت بالمبيع من جهة المشتري ، فيجعل تثبته كتثبت المشتري المشتري ، ولو كان المشتري متثبتًا[2] بالمبيع بنفسه ، فإنه لا يكون له الرجوع بنقصان العيب من غير رضا البائع ، وإن كان في العيب حقه باقيًا لإمكان الرد ، فإذا تثبت[3] الغير به من جهة ، والرد موهوم بأن يعود إلى قديم ملكه .

والثاني : أن المشتري لما باع من غيره ، فقد وصل إليه عوض العيب ، فلا يكون له

(١) هكذا في ظ وف ، وكان في الأصل وم : "من" .

(٢) وفي م : "سببًا" .

(٣) هكذا في ظ ، وفي الأصل وغيره : "نسب" .

الرجوع بنقصان العيب؛ لأنه يحصل له بأن العيب عوضان، وهذا لا يجوز، وقد زال كلا الأمرين متى عاد الشيء إلى قديم ملكه، وكان له الرد بالعيب، بخلاف خيار الرؤية؛ لأنه يسقط لما أثبت لغيره لازمًا مع علمه بثبوت الخيار له لعلمه بعلته، وهو جهله بأوصاف المبيع، فلا يعود بعد ذلك، وبخلاف مسألتنا؛ لأن دعوة الأب كانت باطلة ببيع الابن لفوات شرط صحة الدعوة، وهو ولاية التملك بالجارية، وإن عادت إلى قديم ملكه، لم يتبين أنه لم يكن زائلا عن ملكه على ما بينّا، وإذا بقى الزوال على حاله حقيقة وحكمًا، كان شرط صحة الدعوة فائتًا، فلم تصح دعوته.

١٧٢٨٨- وإذا ولدت الجارية المبيعة فى يدى المشترى ولدين فى بطن واحد كلاهما، أو إحداهما لأقل من ستة أشهر من وقت البيع، ثم جنى على أحد الولدين، بأن قطع يده مثلا، وأخذ المشترى الأرش، ثم ادعى البائع نسب الولدين، صحت دعوته؛ لأنا تيقنا أن العلوق بالولدين اتصل بملك البائع، أما الذى جاء لأقل من ستة أشهر فظاهر، وأما الآخر فلأنهما خلقا من ماءٍ واحدٍ، وعلى الجانى أرش العبد، ويكون ذلك سالمًا للمشترى، وإن حكمنا بحرية الولد الآخر من الأصل حتى لم يكن للبائع على الولد، ولا لما قلنا فى الولد الواحد: إن الحرية لاتظهر فى حق اليد، وكذلك إن اكتسب أحدهما كسبًا قبل الدعوة، ثم ادعاهما البائع، فالكسب يسلم للمشترى.

ولو قتل أحدهما قبل الدعوة، ثم ادعاهما البائع، يثبت نسبهما من البائع؛ لأنه صحت دعوته فى حق الحى، ومن ضرورته صحّة الدعوة فى حق الآخر؛ لأنهما خلقا من ماء واحد لايتصور أن يثبت نسب أحدهما، وحريته من الأصل دون الآخر، وإذا صحّت دعواتهما فيما ذكر أن قيمة المقتول تكون لورثة المقتول، ولا يكون للمشترى، فقد حكم بحرية المقتول من الأصل فى حق المشترى، حتى لم يجعل القيمة سالمة للمشترى، ولم يحكم بحريته من الأصل فى حق الجانى، حتى لم يوجب عليه الدية، بل أوجب القيمة، ومثل هذا جائز، ويجوز أن يكون الشخص الواحد عبدًا وحرًا فى حق شخصين، وفى حق حكمين، ألا ترى أن من أقر بحرية عبد فى يد غيره، ثم اشتراه اعتبر عبدًا فى حق البائع حتى يستحق الثمن على المشترى، ويعتبر حرًا فى حق المشترى حتى يحكم بعتقه عليه، واعتبر شراءه فى حقه تخليص الحر، كذا ههنا.

وفرق بين الأرش والكسب والقيمة، فجعل الكسب والأرش للمشترى، وجعل القيمة لورثة المقبول. والفرق: أن من ضرورة ثبوت نسب أحدهما وحريته من الأصل ثبوت نسب الآخر، وحريته من الأصل؛ لأن التوأم لا ينفصل أحدهما عن الآخر فى حق ثبوت النسب والحرية، والقيمة بدل عن النفس، فإذا ظهرت الحرية فى حق النفس من الأصل يثبت فى بدل النفس، فيكون لورثة المقتول ضرورة، أما ليس من ضرورة ثبات النسب وثبوت حرية الأصل فى حق النفس ثبوتها فى حق الأطراف المبانة؛ لأن حرية الذات متصورة بدون الأطراف، بأن كانت فائت الأطراف من الأصل، فلا ضرورة إلى قطع ملك المشترى عن الأرش، وكذلك فى الكسب؛ لأن حرية الذات متصورة بدون حرية ما فات بسبب الكسب، وهو المنافع، كما تصور بدون حرية الأطراف، فلا ضرورة إلى قطع ملك المشترى عن الكسب، فلهذا افترقا. قال: ولو لم يدعهما البائع، وإنما ادعاهما المشترى، يثبت نسبهما منه؛ لما ذكرنا فى الولد الواحد.

١٧٢٨٩- وإذا ولدت الأمة عند رجل ولدين فى بطن واحد، فباع أحدهما، وادعى المشترى الولد الذى اشتراه أنه ابنه، صحّت دعوته، ويثبت نسب الولدين منه؛ لأنهما توأمان، فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما منه ثبوت نسب الآخر، ولا يعتق الولد الآخر؛ لأن دعوة المشترى دعوة تحرير؛ لأن أصل العلوق لم يكن فى ملكه، وكأنه أعتق ما اشترى للحال، وليس من ضرورة عتق أحد التوأمين بعتق عارض عتق الآخر، ولا تصير الجارية أم ولد له؛ لأن أمّية الولد قد تنفصل عن حرية الولد من الأصل، كما فى الولد المغرور، ففى حرية عارضة أولى.

١٧٢٩٠- وإذا حبلت الأمة عند رجل، وولدت بنتًا، فكبرت ابنتها، وولدت بنتًا، ثم إن المولى باع الابنة السفلى، وأعتقها المشترى، ثم إن المولى ادعى الابنة العليا، يثبت نسب العليا، ويثبت نسب السفلى، وبطل عتق المشترى، وكانت بمنزلة التوأم، وإنما بطل إعتاق المشترى؛ لأنه تبين أنها كانت حرة قبل شراءه.

١٧٢٩١- وإذا اشترى الرجل أمة وولدها، أو اشتراها وهى حامل، ثم باعها من آخر، ثم اشتراها، ثم ادعى الولد، صحّت دعوته، وثبت[1] نسب الولد منه إذا كان

(١) هكذا فى ظ وف، وكان فى الأصل وم: "ويثبت".

الولد فى ملكه ، فإنه يبطل يوم ادعاه ؛ لأنه ادعى نسب ولد مملوك له ، ولا يبطل ما كان قبل الدعوة من بيع أو شراء ، بخلاف ما إذا كان علوق الولد فى ملكه ، فإنه يبطل ما كان قبل الدعوة من بيع أو شراء . والفرق : أن علوق الولد إذا كان فى ملكه فدعوته دعوة استيلاد ، فتستند إلى وقت العلوق ، وتبين أن البياعات كلها حصلت فى ولد الحرة وفى أم الولد ، فيظهر بطلانها ، أما إذا لم يكن العلوق فى ملكه ، فدعوته دعوة تحرير ، فيقتصر على الحال ، فلا يظهر به بطلان البيوع السابقة .

قال : وإذا اشترى الرجل عبدين توأمين ولدا فى ملك البائع ، وباع أحدهما ، ثم ادعاهما جميعًا ، أو ادعى الذى لم يبع ، صحّت دعوته فى الذى لم يبع ، وهذا ظاهر ، ويثبت نسب الذى باع ؛ لأنها توأمان خلقا من ماء واحد ، فلا يختلفان فى ثبات النسب ، ولا ينتقض البيع فى الذى باع ، بخلاف ما إذا كان العلوق فى ملكه .

والفرق : وهو أن العلوق إذا كان فى ملكه ، فدعوته فى الذى لم يبع دعوة حريته من الأصل ، ومن ضرورة حريته من الأصل حرية الآخر من الأصل ، فتبين أنه باع الحر ، فأما إذا لم يكن العلوق فى ملكه ، فدعوته فى الذى لم يبع دعوة تحرير ، وليس من ضرورة حرية أحدهما بحرية عارضة حرية الآخر ، فلا يتبين أنه باع الحر .

١٧٢٩٢- وإذا اشترى الرجل عبدًا ، واشترى أبوه أخًا ذلك العبد ، وهما توأمان ، فادعى أحدهما العبد الذى فى يديه ، صحت دعوته فيما فى يديه ، وهذا ظاهر ، وثبت نسب الآخر ؛ لأنهما خلقا من ماء واحد ، ويعتقان جميعًا ؛ لأن المدعى إن كان هو الأب ، عتق الذى عنده بالدعوة ، وعتق الآخر على ابنه ؛ لأنه ملك أخاه ، وإن كان المدعى هو الابن ، عتق الذى عنده بالدعوة ، وعتق الآخر على ابنه ؛ لأنه ملك ابن ابنه ، ولا ضمان على واحد منهما لصاحبه ؛ لأن عتق ما فى يد كل واحد منهما ثبت نسبه مقصودًا عليه غير متعدّ إلى صاحبه .

١٧٢٩٣- وإذا اشترى الرجل أمة على أنه بالخيار ثلاثة أيام ، فولدت بعد ذلك بيوم عند المشترى ، فادعى المشترى الولد ، صحت دعوته عندهم جميعًا ؛ لأن دعوة المشترى صادفت ملكه ، أما عند أبى يوسف ومحمد فلأن خيار المشترى سقط بالولادة ، وصارت الأمة ملكًا له ؛ لأن الولادة عيب فى بنات آدم ، وحدوث العيب فى يد المشترى

يسقط خيار المشترى، فهذا معنى قوله : إن دعوة المشترى صادفت ملكه . ولو كان الخيار للبائع، فادعاه المشترى، فإن دعوته تكون موقوفة إن أجاز البائع البيع، صحّت دعوته، وإن فسخ بطلت دعوته، فرق بين هذا وبينما إذا أعتقه المشترى، والخيار للبائع، فإن عتقه لا يتوقف، بل يبطل .

والفرق : أن الدعوة إقرار بنسب ثابت، وليس بإثبات النسب للحال، والإقرار صحيح قبل الملك، ولكن بقاءه يتوقف على الملك، كما لو أقر بحرية عبد الغير، فأما الإعتاق، فإنشاء تصرف مبتدأ للحال، فإنه تصرف لا يصح إلا فى الملك، وليس للمشترى حالة الإعتاق، لا ملك باتّ، ولا ملك موقوف حتى كان الخيار للبائع على ما عرف فى موضعه، فلم يصح الإعتاق، حتى لو أخرج الكلامان فى الإعتاق مخرج الإخبار بأن كان قال : هذا كان حرّاً قبل شراءى يوقف ذلك منه .

١٧٢٩٤- وإذا أخذ الرجل أمتين من رجل على أنه بالخيار، يأخذ أيهما شاء بألف درهم، ويرد الآخرى، فولدتا عنده، وأقر أنهما منه، إلا أنه لم يبين التى وطئها أولا، فإقراره صحيح فى ولد أحدهما، وهى التى تناولها البيع، وهذا لأن خيار المشترى لا يمنع صحة دعوته، ولكن البيع تناول أحدهما بغير عينها، ويتعين باختيار المشترى، فيؤمر بالبيان مادام حيّا، فإن مات قبل البيان، فالبيان إلى الورثة ؛ لأنهم قاموا مقام الميت فى خيار التعيين، فيكون لهم البيان كما كان للمورث لو كان حيّا، فإن قالت الورثة : إن أبانا وطئ هذه الجارية أولا، فإنه يثبت نسب ولد هذه من الميت، ويرث معهم، وتصير هى أم ولد للميت، وعتق بموته، وعلى الورثة ثمن هذه للبائع يؤدون ذلك من تركة الميت، ويؤدون الأمة الأخرى على البائع مع عقرها، فتكون أمة البائع كما لو كان حصل هذا البيان من الميت .

وإن قال بعض الورثة : إن أبانا وطئ هذه أولا، وقال بعض الورثة، لا، بل وطئ هذه الأخرى أولا، كان التى قال لها بعض الورثة أولا : هى التى وطئها الميت أولا متعينة للاستيلاد، ويرد الأخرى .

فرق بين هذا، وبينما إذا أوصى الرجل أن يعتق أحد عبديه، ثم مات وله ولدان، فأعتق أحدهما أحد العبدين، وأعتق الآخر العبد الآخر، فإن الآخر يتعين لتنفيذ الوصية

فيه دون الأول . والفرق : أن فى مسألتنا هذه الوارث قام مقام المورث فى البيان بحكم الملك لا بحكم الأمر ؛ لأن المورّث لم يأمرهم بالبيان ، وإنما يثبت لهم البيان بحكم الملك ؛ لأنهم ورثوا ما كان ملكًا لميت ، وإنه مختلط بملك الغير ، والملك ثابت للكل ، فيكون تعيين أحدهم كتعيين الميت لو كان الميت حيّا ، ولو كان الميت حيّا ، وقال : وطئت هذه أولا ، كان الإقرار منه صحيحًا ، والرجوع باطلا ، كذا من الورثة ، أما فى تلك المسألة التعيين إلى الوارث بحكم الأمر ، لا بحكم الملك ، ألا ترى أنه لو مات ولم يأمرهم ، لا يصح إعتاقهم عن الميت ، وإذا كان التعيين إليهم بحكم الأمر ، فإنما يصير إعتاق الوارث كإعتاق الميت إن لو وافق أمره ، والميت أمر بإعتاق عبد يجتمعان على تعيينه ، وإنه مفيد لتفاوت العبدين ، كما لو حصل الأمر فى حالة الحياة ، فإذا أعتق أحدهما عبدًا ، فهذا إعتاق لم يوافق أمر الآمر ، فلا ينفذ على الميت ، بل ينفذ على المعتق ؛ لأن له نصيبًا فيه ، وإذا أعتق بعض هذا العبد من ابن المعتق ، لم يبقَ هو محلا لتنفيذ الوصية ، فتعين العبد الآخر لتنفيذ الوصية فيه ، ويصح إعتاق الابن الآخر بانفراده فيه ؛ لأن اجتماعهما على إعتاق عبده بعينه لا يفيد ، فهذا هو الفرق .

وإن اتفقت الورثة أنهم لا يدرون التى وطئها الميت أولا ، فإنه لا يثبت نسب واحد من الولدين من الميت ، ولكن يعتق نصف كل واحد من الولدين ونصف كل واحد من الجاريتين ، وبيعت كل واحدة من الجاريتين وكل واحد من الولدين فى نصف القيمة ، وردّت الورثة على البائع نصف ثمن كل واحد من الجاريتين ونصف العقر من التركة ، فإن لم يمت المشترى ، وادعى نسب الولدين أيضًا ، فهذا على وجهين : الأول : أن تكون الدعوة من البائع بعد دعوة المشترى ، وفى هذا الوجه يصح دعوة البائع فى الولد الذى يرد عليه ، وفى أمه كيف ما جاء بالولدين لأقل من ستة أشهر من وقت البيع ، أو لستة أشهر ؛ لأن دعوته صادفت ملك نفسه ، ولم تصح دعوته فيما صار للمشترى كيفما جاءتا ، أما إذا جاءتا لستة أشهر فلأن دعوة البائع فيما صار للمشترى لا تصح فى هذه الصورة من غير تصديق المشترى ، فبعد دعوته أولى .

وأما إذا جاءتا لأقل من ستة أشهر لا يصح أيضًا ؛ لما دخل عليه من عتق المشترى ، وإن ادعياهما جميعًا إن جاءتا بالولد لستة أشهر ، فدعوة البائع صحيحة فيما صار له ،

ولا تصح دعوته فيما صار للمشترى، وإن جاءتا بالولد لأقل من ستة أشهر، فدعوة البائع أولى فى الولدين؛ لأن دعوته دعوة استيلاد، ودعوة المشترى دعوة تحرير.

نوع آخر

فى دعوى الولد بعد العتاق:

١٧٢٩٥- إذا أعتق الرجل عبدًا صغيرًا له، ثم ادعى أنه ابنه، صحت دعوته استحسانًا، والقياس أن لا تصح؛ لأنه متناقض فى هذه الدعوى، بيانه: أن إقدامه على الإعتاق إقرار منه بصحة الإعتاق، وإنما يصح إعتاقه إذا لم يكن ابنًا له؛ لأنه إذا كان ابنًا له، وكان العلوق فى ملكه، كان حر الأصل، وإن لم يكن العلوق فى ملكه، فإذا دخل فى ملكه، يعتق عليه، فلايصح إعتاقه بعد ذلك، فإقدامه على الإعتاق يكون إقرارًا منه أنه ليس بابن له، فيصير بدعواه أنه ابنه متناقضًا.

وجه الاستحسان: أن هذا إقرار للغير، وهو الابن؛ لأن معظم المنفعة فى هذا الميراث للابن، والإقرار للغير صحيح من غير تصديق، وإنما يبطل[1] بالتكذيب، ولم يوجد التكذيب ههنا، وقوله: بأنه متناقض فى هذه الدعوى قلنا: نعم، ولكن التناقض فى هذا الباب لايضر، ألا ترى أنه لو صرّح، فقال: هذا ليس بابنى، ثم قال: هذا ابنى، تصح دعواه لفقه أنه[2] بقوله: ليس هذا بابنى أنكر أن يكون للابن عليه حقوقًا مالية، وبقوله هذا ابنى بعد ذلك أقر للابن على نفسه بالحقوق المالية، والإقرار بالحقوق بعد إنكارها صحيح.

١٧٢٩٦- عبد صغير بين رجلين، أعتقه أحدهما، ثم ادعاه الآخر بعد ذلك، فهو ابنه عند أبى حنيفة؛ لأن الإعتاق عنده متجز، فاقتصر الإعتاق على نصيب المعتق، وبقى نصيب الآخر مملوكًا له، فإذا ادعاه الآخر، فإنما ادعى نسب ولد مملوك له، فيصح دعوته، ويكون مولى لهما إن كان دعوة المدعى دعوة تحرير، بأن لم يكن العلوق فى ملكهما؛ لأن المعتق استحق نصف الولاء بإعتاق النصف، وثبوت نسب الولد من الآخر

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وف وم: "ههنا يبطلان على التكذيب".

(٢) هكذا فى ظ وم، وكان فى الأصل وف: "أن".

لا يبطل هذا الاستحقاق، فيكون الولاء بينهما، فإن كان دعوته دعوة استيلاد، بأن كان العلوق فى ملكه، فللمعتق نصف الولاء بإعتاق النصف، ولا ولاء للمدعى؛ لأنه زعم أنه علق حر الأصل، وأنه لا ولاء له عليه، وزعمه معتبر فى حقه.

وأما على قول أبى يوسف ومحمد: حين أعتقه أحدهما، فقد أعتق كله، وكان جميع الولاء للمعتق، فإذا ادعاه الآخر بعد ذلك، فإنما ادعى نسب[1] حر صغير ليس له نسب معروف، فتصح دعوته استحسانًا لا قياسًا، كما لو ادعى نسب لقيط هذا إذا ادعاه الآخر، وأما إذا ادعاه المعتق، فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله: لا تصح دعوته إلا بتصديق الآخر[2]؛ لأن نصيبه باقٍ على ملكه، وعلى قولهما: صحت دعوته استحسانًا؛ لأنه ادعى نسب حر صغير ليس له نسب معروف من غيره.

هذا إذا كان الولد صغيرًا، وإن كان كبيرًا يعبّر عن نفسه، فإن أقر بذلك، فهو ثابت النسب من المدعى، سواء ادعى المعتق أو لا، وإن جحد ذلك لم تصح دعوة المعتق؛ لأنه لا ملك له فيه، وتصح دعوة الآخر عند أبى حنيفة؛ لأن نصيبه باقٍ على ملكه، وعلى قولهما: لا تصح دعوى أحدهما؛ لأنه لا ملك لأحدهما فيه عندهما.

نوع آخر فى دعوى الإنسان نسب غيره والشهادة عليه

ما يجب اعتباره فى هذا النوع شيئان اثنان:

أحدهما: أن البينة إذا قامت على خصم حاضر قبلت، وإذا قامت على خصم غائب، لا تقبل إلا إذا كان عنه خصم حاضر، إما قصدى وهو ظاهر، أو حكمى، وذلك بطريقين: أحدهما: أن يكون ثبوت المدعى على الغائب سببًا لثبوت المدعى على الحاضر لا محالة، وقد ذكرنا ذلك غير مرّة.

والثانى: أن يكون الذى قامت عليه البينة وارثًا، ويكون الدعوة واقعًا على الميت، فإن البينة تقبل على الوارث إذا كان الدعوة فى المال؛ لأن الوارث يقوم مقام المورّث فى

(١) وكان فى ظ: "نسبه".

(٢) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل: "إلا بتصديق الآخر عندهما تصح دعوته استحسانًا؛ لأنه ادعى إلى صحة دعوته قياسًا واستحسانًا؛ لأن نصيبه باق على ملكه".

المال، وفيما هو من آثار المال، وفى الحقوق المتصلة بالمال، فيقوم مقامه فى الخصومة فيه.

الثانى: أن من ادعى آخر دعوة، وأقام عليه بينة إن كان المدعى عليه ممن يجوز إقراره للمدعى بما وقع فيه الدعوة، سمع دعوة المدعى عليه، وقبلت بينته بذلك عليه؛ لأنه لما جاز إقراره به علم أنه خصم؛ لأن الإقرار إنما يجوز من الخصم، والبينة على الخصم مقبولة، والدعوى عليه مسموعة، وإن كان المدعى عليه ممن لا يجوز إقراره للمدعى، لا يتصور إثبات نسب ما وقع فيه الدعوة، فإنه لا يقبل البينة عليه، كالرجل يدّعى على آخر أنه أخوه لأبيه وأمه، أو لأبيه أو لأمه، والمدعى ليس يدعى عليه حقّا من ميراث من جهة أبيه، أو من جهة أمه، أو نفقة، أو نحوه، فإنه لا تسمع بينة[1] عليه؛ لأن المدعى عليه ممن لا يجوز إقراره للمدعى بما رفع فيه الدعوة، فإنه لو أقر أنه أخوه، لا يصح إقراره؛ لأنه يحمل النسب على أبيه أو أمه، ولا يتصور من المدعى عليه إثبات نسب ما وقع فيه الدعوى؛ لأن سبب ثبوت الأخوة من المدعى عليه إذا كان المدعى يدعى الأخوة من جهة الأب، أو من جهة الأم أن يكون المدعى ابن أبيه، أو ابن أمه، وذلك بإيلاد الأب، أو بولادة الأم، وإنه لا يتصور من المدعى عليه.

ولما لم يصح من المدعى عليه الإقرار بما وقع فيه الدعوة، ولم يتصور منه إثبات نسب ما وقع فيه الدعوة، كان المدعى عليه أجنبيًا عمّا وقع فيه الدعوة من كل وجه، ولم يكن خصمًا للمدعى، فلا تقبل بينته عليه، وإن كان المدعى عليه ممن لا يجوز إقراره للمدعى بما وقع فيه الدعوة، إلا أنه يتصور من المدعى عليه إثبات نسب ما وقع فيه الدعوى، تقبل البينة؛ لأنه لما تصور منه إثبات النسب ذلك، كان خصمًا فيه، أو وقع فيه الدعوى من كل وجه، وذلك كالرجل يدّعى على امرأة أنه ابنها، وأقام بينة على دعواه، قبلت بينته حتى إنه إذا كان لها زوج، يثبت نسب هذا الولد من زوجها، وإن كانت لو أقرت بذلك، لا يصح إقرارها حتى يثبت نسب الابن المقر به من زوجها؛ لأنه تحمل نسبه على غيرها، وهو الزوج؛ لأنه إن كان لايصح إقرارها بالبنوة، ويتصور منها ما هو سبب ثبوت البنوّة، وهو الولادة، فإن ولادتها سبب لثبوت نسب الولد منها، كما فى

---

(١) وكان فى الأصل: "بينته".

ولد الملاعنة والزنا، فكان المدعى ادعى عليها أنها ولدته، فكان مدعيًا عليها فعلا يتصور منها، وكان خصمًا للمدعى فى حق سماع البينة عليه، وإن كان لا يجوز إقراره، ثم ما ذكرنا أن إقرار المرأة بالولد باطل مستقيم على رواية الأصل، والفرائض غير مستقيم على رواية الجامع، فقد ذكر فى "الجامع": أن إقرار المرأة بالولد جائز، وسيأتى الكلام فيه فى خلال المسائل -إن شاء الله تعالى-.

١٧٢٩٧- وبعد الوقوف عليها جئنا إلى المسائل، قال محمد رحمه الله فى "الجامع": لو أن رجلا ادعى على رجل أنه أخوه لأبيه وأمه، وهو يجحد، فقدّمه إلى القاضى، فالقاضى يسأل المدعى، ويقول: ماذا تريد، فإن قال: لا حق لى قبله من نفقة و ميراث، ولكن أريد إثبات نسبى لا غير، فالقاضى لا يلتفت إلى دعوته، ولا يسمع بينته عليه إن أقامها، أما على الأصل الأول فلأن هذه بينة قامت على غائب، وهو الأب والأم؛ لأن نسبه يثبت من الأب، ولايثبت من الحاضر المدعى عليه؛ لأن نسب أحد الأخوين لا يثبت من الآخر، فدل أن هذه بينة قامت على الأب، وهذا الحاضر ليس بخصم عنهما، لا من طريق القصد، وهذا ظاهر[1]؛ لأن المدعى عليه ليس بوكيل، ولا بوصى عنهما فى هذه الدعوة، ولا من طريق الحكم، أما من طريق الإرث؛ لأن الوارث لا ينتصب خصمًا عن الأب والأم فيما يدّعى على الأب والأم من النسب حالة الحياة وبعد الوفاة؛ لأنه ليس بمال، ولا أثر من آثار المال، ولم يدّع أيضًا على الحاضر شيئًا لا يتوصل إلى ذلك إلا بإثبات النسب من الغائب، فلم ينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب، والبينة القائمة على غير الخصم لا تقبل، وأما على الأصل الثانى فلأن المدعى عليه ممن لا يجوز إقراره بما وقع فيه الدعوة، وهو الإخوة، ولا يتصور منه إثبات نسب الأخوة، وهو إيلاد أبيه وولادة أمه، فلهذا قال: لا يقبل.

وإن قال المدعى: أنا أدعى عليه ميراثًا أو نفقة، أو غير ذلك مما يستحق بالأخوة، جعله القاضى خصمًا للمدعى، وتسمع بينة المدعى عليه، أما على الأصل الأول فلأن هذه بينة قامت على خصم حاضر؛ لأن ما يدعيه المدعى من الحق على الحاضر لا يتوصل إلى إثباته إلا بإثبات النسب من الأبوين، فانتصب المدعى عليه الحاضر خصمًا

(١) وفى ف: "وهو ظاهر".

على الأبوين فى إنكار النسب، كمن ادعى عبداً له فى يد إنسان أنه اشتراه من فلان الغائب، وأقام عليه البينة، قبلت بينته فى إثبات الشراء؛ لأنه لا يتوصل إلى إثبات ما يدعيه على الحاضر إلا بإثبات الشراء من الغائب، فانتصب الحاضر خصمًا عن الغائب فى إنكار الشراء، وكمن ادعى على رجل مالا بسبب الكفالة من فلان، وأقام عليه البينة، تقبل بينته فى إثبات المال على الغائب؛ لأنه لايتوصل إلى إثبات ما يدعيه على الحاضر إلا بإثبات المال على الغائب، فانتصب الحاضر خصمًا عن الغائب فى إنكار المال، فكذا ههنا ينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب فى إنكار النسب، ويصير الغائب مقضيّا عليه بالقضاء على الحاضر، حتى لو حضر بعد ذلك، وأنكر أن يكون المدعى عليه ابنه، لا ينفعه إنكاره، وأما على الأصل الثانى فلأن المدعى عليه بالأخوة فى هذا الوجه يجوز إقراره، فتقبل بينة المدعى عليه بذلك.

١٧٢٩٨- وإن ادعى رجل على رجل أنه ابنه، والأب ينكر، فأقام المدعى بينة على دعوته، قبلت بينته. ادعى مع ذلك مالا أو لم يدع؛ لأن هذه بينة قامت على خصم؛ لأنه يدعى عليه فعلا، وهو إيلاده، ويحمل نسبه عليه، ولهذا لو أقر المدعى عليه بذلك، يصح إقراره. وكذلك لو ادعى رجل على رجل أنه أبوه، والابن ينكر، فأقام المدعى بينة على دعوته، قبلت بينته، ادعى مع ذلك مالا، أو لم يدّع؛ لأن هذه بينة قامت على خصم؛ لأنه يدعى عليه فعلا، فإنه يقول: أنا أولدته، ويلزمه الانتساب إلى نفسه، فإن الابن ينتسب إلى الأب، ولهذا لو أقر المدعى عليه بذلك، جاز إقراره.

وكذلك إذا ادعى رجل على امرأة نكاحًا، وهى تنكر، أو ادعت امرأة على رجل نكاحًا، وهو ينكر، فأقام المدعى بينة على دعواه، قبلت بينته؛ لأنها قامت على الخصم؛ لأنه يدعى عليه عقدا باشره وتولاه، ولأن الزوج يدّعى عليها الملك، وهى تدعى على الزوج المهر والنفقة، وثبوت حق المطالبة بالجماع، ولهذا لو أقر المدعى عليه بذلك، جاز إقراره، فتقبل بينة المدعى عليه.

١٧٢٩٩- ولو ادعى رجل على رجل أنه مولاه من عتاقه من فوق، أو أسفل، أو ادعى أنه مولاه من موالاة، والمدعى عليه يجحد، فأقام المدعى بينة على دعواه، قبلت؛ لأنه يدعى عليه فعلا، فكان خصمًا فيه، وإن لم يدع عليه مالا، ولهذا لو أقر المدعى

عليه بذلك صح إقراره، ذكر بعد هذا أن إقرار المرأة بالولد جائز، وكذا ذكر فى دعوى "الأصل"، وفى كتاب الفرائض: أن إقرار المرأة بالولد باطل؛ لأن النسب للأب، فيكون تحميلا عليه.

حكى عن الشيخ الإمام فخر الإسلام على البزدوى: أنه كان يقول: ما ذكر فى "الجامع" محمول على ما إذا لم يكن لها زوج معروف، فصار إقرارها منصرفًا إلى الزنا، فصار عليها خاصة، وما ذكر فى الدعوى والفرائض محمول على ما إذا كان لها زوج معروف، فيكون تحميلا عليه.

ومنهم من قال: فى المسألة روايتان، على رواية الأصل إقرارها بالولد باطل، وعلى رواية "الجامع" إقرارها بالولد صحيح، والبينة عليها بذلك مقبولة على الروايتين جميعًا حتى إن امرأة لو ادعت على رجل أنه ابنها، وأقامت على ذلك بينة، قبلت بينتها، وإن لم تدّع بذلك مالا أو حقًا.

وكذلك لو ادعى رجل على امرأة أنه ابنها، وأقام على ذلك بينة، وإن لم يدّع بذلك مالا وحقًا، أما على رواية "الجامع": فظاهر، أما على رواية "الأصل": فإنما قبلت البينة عليها، وإن كان لا يجوز إقرارها بذلك؛ لأن فى الإخبار أخبرت بخبر الصدق، وخبرها علامة، وهى شهادة القابلة؛ لأن سبب النسب منها الولادة، وإنه يحضرها القابلة، فلا تصدق فى إخبارها بدون شهادة القابلة، ولا يثبت النسب بقولهما من هذا الوجه.

فأما البينة فشرط صحتها الإنكار، ولا يشترط لصحة الإنكار انضمام قول غير المنكر إلى قول المنكر، وإنما يشترط تصور بسبب ما وقع فيه الدعوى والإنكار، وتصور سبب ما وقع فيه الدعوى، والإنكار منها ثابت، فقبلت البينة، ولا كذلك المدعى عليه، فلم يقبل عليه البينة.

وروى أصحاب الأمالى عن أبى يوسف: أن البينة عليه فى هذه الصورة غير مقبولة؛ لأنه لا يصح إقرارها بالبنوة، فلا يصح البينة عليها بذلك.

١٧٣٠٠- ولو أن صبيًا فى يد رجل لا يعبّر الصبى عن نفسه، وزعم الرجل الذى فى يديه أنه التقطه، وأقامت المرأة الحرة الأصل بينة أنه أخوها لأبيها وأمها جعلته أخاها،

وقضيت ببينتهما، ودفعته إليها؛ لأن هذه بينة قامت على خصم؛ لأنها تدعى على الحاضر، وهو الملتقط حقًا لنفسها، وهو حق نقل الصبى إلى حجرها للحضانة والتربية، فإن ذا الرحم المحرم، وذات الرحم المحرم أحق بالصبى من الملتقط، ولا يتوصل إلى إثبات هذا الحق إلا بعد إثبات نسبها من أبيه وأمه، فينتصب الملتقط خصمًا عن أبيه وأمه.

وكذلك لو كان الذمى فى يديه يدعى أنه عبده، وباقى المسألة بحاله، قضيت بأنه أخوها، وقضيت بعتقه؛ لأنه لا يمكنها الانتزاع من يد الملتقط إلا بعد إثبات نسبها من أبيه وأمه، وإثبات حريته، فكان لها إثبات ذلك.

قال بعض مشايخنا: وعلى قياس مسألة اللقيط إذا ادعت امرأة على رجل أنه أخوها لأبيها وأمها، وأقامت على ذلك بينة، ينبغى أن تقبل بينتها عند[1] محمد؛ لأنها تدعى عليه حق الإنكاح؛ لأن نكاحها لا يجوز إلا به عند محمد، وكان التزويج حقًا مستحقًا لها قبل الولى، فقد ادعت بنسب الأخوة حقًا، فملكت إثباته بالبينة عليه، وعلى قول أبى حنيفة وأبى يوسف: المرأة تملك تزويج نفسها من غير ولى، فلم يكن التزويج حقًا مستحقًا لها على المولى، فلم تدّع بنسب الأخوة حقًا، فلا تملك إثباتها بالبينة.

١٧٣٠١- ولو أن رجلا من العرب هلك وله ابن، فادعى رجل على ابنه أنه كان عبدًا لأبيه، وأن أباه أعتقه، وأنكر ذلك الابن، فأقام البينة عليه، تسمع بينته، قال: لا، ويشبه هذا النسب، يريد بذلك دعوى الأخوة.

وكذلك لو مات هذا العبد المعتق، وترك ابنًا وبنتًا، فادعى الابن العربى أن أباه أعتق أباهما، وأنهما مولياه، وأقام عليهما البينة، فإنه تقبل بينته، فقد فرّق بين ولاء العتاقة وبين النسب.

واختلف عبارة المشايخ فى الفرق، والعبارة الصحيحة فيه ما حكى عن الفقيه أبى بكر البلخى: أن الولاء أثر من آثار المال، فإنه أثر ملك اليمين؛ لأنه يثبت بالعتق، ولا صحة للعتق إلا فى ملك اليمين، فكان من آثار ملك اليمين، والابن يقوم مقام الأب الميت فيما يدّعى على الميت من المال، وإن كان المدعى لا يدعى على الابن مالا، بأن

(١) وفى م وف: "بينتهما".

ادعى دينًا على الأب الميت، وليس فى يد الابن شىء من تركة الأب الميت، يريد بذلك إثبات الدين على ابنه، حتى إذا ظهر له مال يستوفيه، ولا يحتاج إلى إثباته بالبينة، تقبل بينته، وإذ كان الابن يقوم مقام الأب الميت فيما يدعى على الأب الميت من آثار المال، وإن كان المدعى لا يدعى قبله مالا فى الحال، إذ أثر الشىء قائم مقام ذلك الشىء، ولهذا قلنا: إن من اشترى عبدًا، وأعتقه، ثم اطلع على عيب به، كان له أن يرجع بنقصان العيب، وإن لم يبقَ ملكه؛ لأنه بقى لهذا الملك أثر، وقام الأثر مقام الملك، كذا ههنا، ولما كان الابن قائمًا مقام الأب فى دعوى الولاء كانت هذه البينة قائمة على غائب عنه خصم حاضر فقبلت، بخلاف دعوة الأخوة؛ لأنه ليس بمال، ولا هو أثر من آثار المال إنما هو من آثار ملك المتعة، والابن لا يقوم مقام الأب فى ملك المتعة، فلهذا لايقوم مقامه فيما هو من آثاره، ولما لم يقم الابن مقام الأب فى دعوى الأخوة، كانت بينة الأخ قائمة على غائب ليس عنه خصم حاضر، فلا يقبل.

ثم قال محمد: وكذلك ولاء الموالاة بمنزلة ولاء العتاقة فى جميع ما وصفت لك؛ لأنه حكم عقد تولى الأب لاكتساب المال، وإنه لا ينتقض بموته، فأشبه البيع من هذا الوجه، والابن يقوم مقام الأب فى حقوق البيع وأحكامه، حتى يرد عليه بالعيب وبخيار الرؤية وبخيار الشرط، فكذا يقوم مقام الأب فى دعوى الولاء عليه، بخلاف الأخوة، فإنها لم تثبت بعقد يبقى بعد الموت حتى يلحق بالبيع، فيقام الوارث فى دعواها مقام المورّث، ثم المرأة إذا ادعت على رجل أنه ابنها، وأقامت على ذلك بينة، قبلت بينتها.

وكذلك إذا ادعى رجل على امرأة أنها أمه، وأقام على ذلك بينة، وإنما قبلت بينة، وإن كانت المرأة لو أقرت بذلك، لا يصح؛ لأن نسب الأمومية متصور منها، وهو الولادة، وكانت خصمًا للابن فيما ادعى، وإن لم يدّع عليها مالا.

١٧٣٠٢- ولو ادعت امرأة على رجل أنه ابن أمها، فهذا وما لو ادعت الأخوة سواء؛ لأنها تحمل النسب على غيرها، فإنه ما لم يثبت نسبه من أبيها، لا يثبت منها، فكان كدعوة الأخوة، فإن ادعت مع ذلك حقًا مستحقًا، قبلت البينة، وما لا، فلا.

١٧٣٠٣- قال فى "الجامع": رجل مات وترك موال ثلاثة أعتقوه، وترك دارًا، فأقام مواليه البينة أنهم عصبة، وورثته ومواليه الذين أعتقوه، لا وارث له غيرهم،

وقضى القاضى بالدار بينهم أثلاثًا، ثم مات واحد من الموالى، وأقام رجل بينة أنه أخوه لأبيه وأمه، لا وارث له غيره، يعنى أخا الميت الثانى، وقضى القاضى له بنصيبه، ودفعه إليه غير مقسوم، فباع الأخ ذلك من رجل، وسلّمه إلى المشترى، ثم إن المشترى أودع ما اشترى من رجل، وغاب المشترى، فجاء رجل، وأقام بينة بحضرة أخى الميت الآخر أنه ابن الميت الآخر ووارثه، لا وارث له غيره، وصدّقه فى ذلك الشريكان فى الدار، فالقاضى يقضى بنسب الابن فى حق إثبات النسب، قامت على خصم جاحد، وهو الأخ، فيقضى القاضى ببينته فى حق النسب لهذا.

فإن قيل: كيف يقضى القاضى ببينته، وأن الابن لا يدعى حقّا على الأخ؛ لأن نصيب الميت ليس فى يد الأخ[1]، ودعوة النسب إذا خلا عن دعوى المال لا يصح، فلا تسمع البينة عليه.

قلنا: تسمع من وجهين: أحدهما: أن دعوى الحق إنما يشترط لصحة دعوة النسب، فيما عدا الوالد، والولد نحو الأخ والعمّ، وأشباه ذلك، أمّا فى حق الوالد والولد دعوى الحق ليس بشرط لصحة دعوة النسب، ألا ترى أن فى حالة الحياة تصح الدعوة من الوالد والولد، وإن لم يكن مع ذلك دعوى الحق، وقد مرّ هذا، كذا ههنا.

الثانى: إن سلّمنا أن دعوى الحق مع دعوة النسب شرط فى الوالد والولد أيضًا، إلا أنه وجد دعوى الحق ههنا من الابن، وبيان ذلك من وجوه: أحدها: أن الابن يقول لأخ الميت: ثلث الدار ملكى، وأنت بعته بغير أمرى، ولى أن أجيز البيع، وآخذ منك الثمن.

والثانى: أنه ادعى الميراث مع دعوة النسب إلا أن القاضى لم يقض له بالميراث فى الحال لعدم الخصم، وهذا لا يمنع القضاء بالنسب، وهذا نظير ما لو ادعى رجل عند القاضى أنه وكيل فلان بإثبات حقوقه على الناس، وله على الناس حقوق، وأنا أريد إثباتها بحكم الوكالة، وأقام البينة على الوكالة، فإن القاضى يقضى بوكالته، وإن كان لا يقضى بالحقوق فى الحال.

الثالث: أنه يدعى حقّا فى الثانى بأن يحضر المشترى، ويقر أنه اشترى هذا من أخ

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وف وم: "فى دعوى".

هذا الميت، وأنه مما[1] ورثه عن الميت إذا أقر المشترى، فهذا والابن يستحق ذلك، والنسب كما يعتبر إذا أفاد حكمه في الحال، فكذا يعتبر إذا أفاد حكمه في الثاني، كبيع الفضولي والبيع بشرط الخيار.

وأقرب من هذا رجل مات وله دين مؤجل على رجل، جاء رجل، وأقام بينة على المديون أنه ابن الميت، تسمع دعوته، وتقبل بينته، وإن كان دعوته لايفيد له شيئًا في الحال، كذا ههنا.

وإذا قضى القاضي بنسب الابن، هل يقضى للابن بالثلث الذى كان قضى به للأخ من تركة الميت الآخر؟ ينظر إن كان القاضي الذى وقع عنده دعوة الابن هو القاضي الذى قضى للأخ بنصيب الميت، قضى للابن بذلك؛ لأنه علم بخطئه في قضاءه؛ لأنه قضى للأخ بالميراث مع وجود الابن، وعلم بكون المشترى غاصبًا، ويكون المودع مودع الغاصب، ولا يكون هذا منه قضاء على الغائب، وهو المشترى؛ لأنه علم أن الملك لم يثبت للمشترى[2]، حيث اشترى من غير المالك، وإن كان القاضي الذى وقع عنده خصومة الابن غير القاضي الذى، قضى للأخ بنصيب الميت، لا يقضى للابن؛ لأن القاضي الثاني لا يعلم أن المشترى غاصب، وأن المودع غاصب الغاصب؛ لأنه لا يعلم أن الأخ البائع بأى سبب ملك، وأنه لا يعلم أن القاضي قضى للأخ بنصيب الميت بالأخوة، فلو قضى للابن بنصيب الميت، كان هذا قضاء على الغائب من غير خصم؛ لأن المودع لا ينتصب خصمًا فيما يستحق على المودع، وتأويل هذه المسألة أن القاضي الثاني عرف كون المودع مودعًا بالمعاينة، بأن كان إيداع المشترى منه بمعاينة القاضي الثاني، أو ببينة أقامها المودع، أما إذا لم يعرف القاضي الثاني كونه مودعًا، فالقاضي يقضى للابن بنصيب الأخ؛ لأن صاحب اليد ينتصب خصمًا بظاهر يده ما لم يثبت كونه مودعًا.

ثم إذا لم يقض القاضي للابن بنصيب الأخ، لا يدخل الابن في نصيب الشريكين المصدقين؛ لأن القضاء للأخ انصرف إلى نصيب الميت خاصة، فلم يصيرا مقرين للابن

---

(١) وكان في الأصل: "وأنه وارثه عن الميت".

(٢) وكان في الأصل: "للشراء".

بشيء مما في أيديهما، فإن حضر المشترى بعد ذلك، أخذ القاضى الثانى نصيب الميت من المشترى، ودفعها إلى الابن، هكذا ذكر محمد رحمه الله فى الكتاب، قالوا: تأويل هذا إذا أعاد الابن البينة على المشترى، أو يُقر المشترى أنه اشترى هذا من أخى الميت، وأن الأخ كان ورثه من الميت، أما بدون ذلك لا يقضى القاضى بنصيب الميت؛ لأن بينة الابن فى حق المال قامت لا على خصم، فصار وجوده والعدم بمنزلة.

نوع آخر فى دعوى الرجل النسب على غيره وإحالة ذلك الغير نسبه على شخص آخر:

١٧٣٠٤- فى "المنتقى": رجل زَمِنٌ ادعى على رجل أنه أبوه ليفرض له عليه النفقة، وأنكر ذلك الرجل، فأقام الزَمِن بينة أنه أبوه، وأقام المدعى عليه بينة على رجل آخر أنه أب الزمن، وذلك الرجل ينكر، والزمن ينكر أيضًا، قال: البينة بينة الزمن، ويثبت نسبه من الذى أقام عليه البينة بالنسبة، ويفرض له عليه النفقة، ولا يلتفت إلى البينة الأخرى، ذكر ثمة سؤالا، فقال: كيف لم يجعله ابن الرجلين؟

ثم أجاب: فقال: لا يجوز ذلك، ألا ترى أن رجلين لو ادعيا رجلا كل واحد منهما يزعم أنه ابنه، وقد يولد مثله لمثلهما، فأقام كل واحد منهما بينة على ذلك، وادعى الابن شهادة إحدى البينتين، كانت أولى أن يثبت نسبه منه وحده؛ لأن الحق ههنا حق الابن، وهو الذى ينسب إلى الأب، وليس الأب ينسب إلى الابن، فإذا كان الأبوان استوى حالهما فى الدعوة، كانت البينة التى يدعيها الابن أولى أن يؤخذ بها، وكذا استوت حالتهما فى الجحود، وادعى الولد إحدى البينتين، فهو أولى أن يؤخذ بها، ألا ترى أيضًا لو ادعى الغلام على أحدهما أنه أبوه وهو يجحد، والآخر يدعى أن الغلام ابنه، والغلام يجحد، وأقاما البينة، إن البينة بينة الغلام، فإذا كانت بينة الغلام فى هذا أولى، ففى ذلك أن يكون أولى، وإن كان الأب محتاجًا والغلام موسرًا، وادعى أنه ابنه يثبت نسبه منه، ويفرض له عليه النفقة، وأقام على ذلك بينة، وجحد الغلام ذلك، وأقام بينة أنه ابن فلان سمّى رجلا آخر، فأحضره أو لم يحضر، وفلان يجحد، فالبينة بينة الأب، ويقضى له على الغلام بالنفقة، وتبطل بينة الغلام على الآخر، قال ثمة:

ولست أقضي بنسب رجل من رجلين، إلا أن يستوى حالهما فى الدعوة والبينة، وفى كل شيء حتى لا أجد سبيلا إلى أن أقضى لأحدهما دون الآخر، وأما إذا كان أحدهما أولى بالدعوة من الآخر، بأن يستحق بالنسب شيئًا لا يستحقه الآخر، كان أولى بالنسب.

١٧٣٠٥- وفى "المنتقى" أيضًا: لو أن غلامين توأمين مات أحدهما وترك مالا، والآخر زَمِنٌ محتاج، فجاء رجل وادعى أنه أبوهما ليأخذ الميراث، وأقام على ذلك بينة، وادعى الزَمن على رجل آخر أنه أبوهما، وأراد أن يقضى القاضى عليه بالنفقة، وأقام على ذلك بينة، وجاءت البينتان معًا، فالقاضى يقضى بنسب الغلامين من الأبوين، وتفرض نفقة الزمن عليهما جميعًا؛ لأن كل واحد منهما يدّعى بالنسب حقّا على غيره، فاستوى حالهما فى الدعوة.

١٧٣٠٦- وفى "المنتقى" أيضًا: امرأة خاصمت عمّها إلى القاضى، وطلبت من القاضى أن يفرض لها النفقة على العمّ وهى محتاجة، فقال العمّ: إن لها أخا موسرًا، فهو أولى بالنفقة عليها منى، وأنكرت المرأة ذلك، فإن القاضى يبرأ العم من النفقة، ويقول لها: إن شئت فرضت لك النفقة على الأخ، قال ثمة: ولا يشبه هذا الأبوين، ثم قال: ألا ترى أنى أقبل بينة العم بعد ما ثبت نسبه أن لها أخا، ولا أقبل البينة بعد ما ثبت نسب أحد الأبين بأن الآخر أبوه.

١٧٣٠٧- وفى بعض الفتاوى: مجهول النسب إذا ادعى على رجل أنى ابنك، وصدّقه المدعى عليه، ثبت النسب منه، وإن كذّبه فى دعوته، وأقام بينة أنه ابنه، يثبت النسب منه، وما لا، فلا، وقد مرّت المسألة من قبل، فإن أقام المدعى عليه بينة بعد ذلك أن هذا المدعى ابن فلان آخر، يبطل بينة الابن، ولكن لا يقضى ببينته من فلان الآخر؛ لأن المدعى عليه ليس بخصم عنه فى إثبات النسب منه، هكذا ذكروا، وقد ذكرنا عن المنتقى مسألة الزَمن إذا ادعى على رجل أنك أبى، وأقام عليه البينة، وأقام المدعى عليه البينة أنه ابن فلان الآخر أن البينة بينة الابن، ولا يلتفت إلى البينة الأخرى، فما ذكرنا فى بعض الفتاوى يخالف ما ذكر فى "المنتقى".

١٧٣٠٨- إذا قال فى دعوة البنوّة: هذا ابنى، ولم يقل: وُلد على فراشى، فهذا

دعوة صحيحة . وإذا أقام البينة تسمع بينته ، وقضى ببنوته ، وإذا قال : هذا الولد ليس مني ، ثم قال : هو منّي ، صح قوله الثاني ، وحكم بثبوت النسب منه .

١٧٣٠٩- وإذا ادعى أنه ابن عم فلان ، فلابد فيه من ذكر الجد ، وإذا ادعى أنه أخو فلان ، لايشترط فيه ذكر الجد ، هكذا حكى عن القاضى الإمام شمس الأئمة محمود الأوزجندى ، وفى "نوادر ابن سماعة" عن أبى يوسف رحمه الله : فى ولد الملاعنة إذا ادعاه رجل ، إنه لايثبت نسبه منه ، قال : لأنه وُلد على فراش الزوج .

١٧٣١٠- وفى "المنتقى" : إذا شهد الشهود لرجل أن زيدا أقر أن هذا المدعى أخوه أو أخته ، أو ابن أخيه أو مولاه ، فليس هذا بشىء حتى يبيّنوا ، وهذا بخلاف ما لو شهدوا أنه أقر أنه ابن خاله ، أو ابن عمه ؛ لأن الغالب فى هذا النسب ، ويورث منه .

١٧٣١١- وفى "نوادر ابن سماعة" عن محمد رحمه الله : صبى فى يدى رجل لا يعرف نسبه ، ادعى رجل آخر أنه ابنه ، قال : إن صدّقه الذى الصبى فى يديه ، يثبت نسبه منه ، وإن كذّبه لايثبت نسبه منه ، والمراد من المسألة الصغير الذى لا يُعبّر ، ولأنه إذا كان يُعبّر عن نفسه كان العبرة لتصديقه وتكذيبه ، لا لتصديق من فى يديه وتكذيبه .

١٧٣١٢- قال محمد رحمه الله فى "الأصل" : غلام احتلم ادعى على رجل وامرأة أنهما أبواه ، وأقام على ذلك بينة ، وأقام رجل آخر وامرأته بينة أن هذا الغلام ابنهما ، فإن البينة بينة الغلام ، ويقضى بنسب الغلام من اللذين ادعاهما الغلام ؛ لأن البينتان استوتا فى إثبات النسب ، فإن كل بينة ثبتت النسب بفراش النكاح ، وترجح بينة الغلام من حيث إن الغلام ببينته يثبت حق نفسه ، واللذين أنكرهما الغلام ببينتهما يثبتان حق غيرهما ، وهو الغلام ؛ لأن معظم المنفعة فى النسب للولد لا للوالدين ؛ لأن الولد يعبّر إذا لم يكن له والد معروف ، وأما الوالد لا يعبّر إذا لم يكن له ولد ، وبينة من يثبت الحق لنفسه أولى بالقبول ؛ لأنه أشبه بالمدعين ، ولأن النسب بمعنى النتاج ، وفى النتاج بينة ذى اليد أولى ، والغلام ذو اليد ؛ لأنه فى يد نفسه ، قال : وكذلك غلام نصرانى قد احتلم أقام شاهدين مسلمين على رجل وامرأته من النصارى أنه ابنهما ، وأقام رجل مسلم وامرأة مسلمة شاهدين من النصارى على هذا الغلام أنه ابنهما ، قضيت بينة الغلام ، وثبت نسبه من الذين ادعاهما الغلام ؛ لأن ما أقام الغلام من البينة حجة على

المسلمين، وما أقام المسلمان حجة على الغلام، فاستوت البينتان من هذا الوجه، وترجحت بينة الغلام من هذا الوجهين اللذين ذكرناهما، ولو كان بينة الغلام نصرانيين، ثبت نسبه من المسلمين؛ لأن ما أقام الغلام من البينة ليست حجة على المسلمين، وكان الغلام لم يقم بينة، ولو لم يقم الغلام بينة، يقضى بنسبه من المسلمين بينتهما؛ لأنهما يثبتان حقًا لأنفسهما، وهذا لأن معظم المنفعة فى النسب وإن كان للغلام، فللوالدين فيه حق أيضًا، فإنهما يستحقّان عليه حقوقًا مالية، فتقبل بينتهما إذا لم يكن للغلام ما هو حجة فى حقهما، وإذا قضى بنسب الغلام من المسلمين، يجبر الغلام على الإسلام إن كان الأبوان مسلمين فى الأصل، وإن كانا كافرين فى الأصل، إلا أنهما أسلما والغلام صغير؛ لأن الصغير يصير مسلمًا بإسلام الأبوين، فإذا بلغ كافرًا يجبر على الإسلام، لكن لا يقتل، إن أبى الإسلام، والمسألة معروفة فى السير.

نوع آخر
فى دعوى الرجل نسب الغلام:

وإنه ينقسم أقسامًا: قسم فى دعوة الخارج مع ذى اليد، وقسم فى دعوة الخارجين، وقسم فى دعوة صاحب اليد، أما القسم الأول فى دعوة الخارج مع ذى اليد.

١٧٣١٣- قال محمد رحمه الله فى "الأصل": لو أن حرًا مسلمًا فى يديه غلام يدعى أنه ابنه، جاء مسلم حر، أو ذمى، أو عبد، وأقام بينة أنه ابنه، ولا بينة لصاحب اليد، قضى بنسبه من المدعى؛ لأن البينة لا تعارضها اليد، ولا قول ذى اليد، بعد هذا ذكر شيخ الإسلام رحمه الله: ويكون الولد حرًا فى ذلك كله، قال: وهذا الجواب لا يشكل فيما إذا كان المدعى حرًا، ويشكل فيما إذا كان المدعى عبدًا؛ لأن ماء العبد رقيق ما لم يثبت اتصاله برحم الحرة، وإذا لم يسمّوا أمه لم يثبت اتصاله برحم الحرة، ثم أجاب، فقال: حرية الولد قد ثبت ظاهرًا حين ادعى صاحب اليد نسبه وهو حر، وبما أقام العبد من البينة لم يبطل تلك الحرية؛ لأنهم لم يسمّوا أمه، يجوز أن تكون أمه حرة حتى لو أقام العبد بينة أن هذا ابنه من امرأته هذه، وامرأته أمة، يبطل ما ثبت للولد من

الحرية بإقرار ذى اليد. وذكر شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله : ويكون الصبى حرّا إلا فى العبد خاصة، فإنه إذا ثبت نسبه من العبد يكون مملوكًا، وهو الأشبه.

١٧٣١٤- قال: وإذا كان الصبى فى يدى رجل يدعى أنه ابنه، ويقيم على ذلك بينة، ورجل آخر يقيم بينة أنه ابنه، قضى لصاحب اليد؛ لأن النسب فى معنى النتاج، وفى النتاج بينة ذى اليد أولى، فكذا فى النسب.

ولو أقام صاحب اليد بينة أنه ابنه من امرأته هذه، وأقام رجل آخر بينة أنه ابنه من امرأته هذه، قضى للذى فى يديه؛ لأنهما استويا فى اليد على الأم، ولأحدهما يد على الولد، فيترجح من له يد على الولد، كما فى دعوى النتاج، ثم قال : اجعله ابن الرجل والمرأة الذى هو فى أيديهما، سواء ادعى الأب وجحدت المرأة، أو ادعت المرأة وجحد الأب، يريد به إذا ادعى الرجل الذى فى يديه الصبى أنه ابنه من امرأته هذه، والمرأة تجحد، أو ادعت المرأة التى الصبى فى يدها أنه ابنها من زوجها هذا، والزوج يجحد، وهذا بناء على أن الأب ينتصب خصمًا عن ابنه فى إثبات نسبه من الأم؛ لأن النسب حق الولد، والأب ينتصب خصمًا عن ابنه فى إثبات حقوقه، فصار إقامة البينة من الابن لو كان بالغًا، وأقام البينة على الأم أنه ابنها، ثبت نسبه منها، كذا ههنا، وكذلك الأم تنتصب خصمًا عن الابن فى إثبات النسب من الأب؛ لأن النسب محض منفعة فى حق الصغير، وفيما تمحض منفعة فى حق الصغير فالأب والأم فى ذلك على السواء، ألا ترى أنه كما يصح قبول الهبة من الأب على ابنه الصغير، يصح قبولها من الأم على الصغير، وإنما التفاوت بين الأم والأب فى الحقوق المترددة بين الضرر والنفع، والأب ينتصب خصمًا من الصغير فى ذلك، والأم لا تنتصب، وإذا انتصبت الأم خصمًا عن الصغير فى إثبات نسبه من الأب، صار إقامة الأم البينة على ذلك كإقامة الابن لو كان بالغًا، ولو كان الابن بالغًا، وأقام البينة أنه ابن هذا الرجل، أليس أنه يثبت نسبه منه؟ كذا ههنا.

١٧٣١٥- عبد تحته أمة، وفى أيديهما صبى، جاء رجل آخر تحته حرة، وادعى أن هذا الصبى ابنه من هذه المرأة، وأقام على ذلك بينة، وادعى العبد أنه ابنه من امرأته هذه، وأقام على ذلك بينة، يقضى به للحر، ولم تعتبر اليد الثانية للعبد ترجيحًا إذا كان

الخارج حرّا، وهذا لأن اليد إنما تعتبر للترجيح إذا استوت البينتان فى الإثبات، ولا استواء ههنا؛ لأن بينة الحر تثبت النسب بجميع أحكامه، وبينة العبد لا تثبت النسب بجميع أحكامه.

١٧٣١٦ - وإذا كان الصبى فى يدى رجل أقام رجل بينة أنه ابنه من امرأته هذه، وهما حرّان، وأقام رجل آخر بينة أنه ابنه وهو حر أيضًا، إلا أنه لم ينسبه إلى أمه، فإنه يقضى بالولد للمدعى؛ لأن بينته أكثر إثباتًا؛ لأنها تثبت النسب من الأب والأم جميعًا، وبينة صاحب اليد لا تثبت النسب من الابن إذا لم يسمّ الأم، فما استوت البينتان فى الإثبات لتعيين اليد ترجيحًا.

١٧٣١٧ - صبى فى يدى رجل من أهل الذمة يدعى أنه ابنه، جاء مسلم وأقام بينة من المسلمين، أو من أهل الذمة أنه ابنه، وأقام الذى فى يديه بينة من أهل الذمة أنه ابنه، قضى للخارج؛ لأن ما أقام الذى من البينة ليست بحجة فى حق المسلم، فصار فى حق المسلم كأن الذمى لم يقم البينة، ولو أقام الذمى البينة من المسلمين، وباقى المسألة بحالها، قضى للذمى بحكم يده عند الاستواء فى الحجة.

نوع آخر يتصل بهذا القسم، وهو دعوة الخارج مع ذى اليد نسب الأمة مع دعوى ملك الأمة:

١٧٣١٨ - قال محمد رحمه الله: وإذا ولدت أمة فى يدى رجل أقام رجل آخر بينة أن هذه الأمة أمته، ولدت هذا الولد منه فى ملكه، وعلى فراشه، وأقام ذو اليد بينة أن هذه الأمة أمته، ولدت هذا الولد منه فى ملكه، وعلى فراشه، والغلام صغير لا يتكلم، أو قد احتلم، إلا أنه يدّعى أنه ابن صاحب اليد، فالقاضى يقضى بالغلام لذى اليد؛ لما ذكرنا أن بينة ذى اليد فى دعوى النسب مرجحة حسب ترجيحها فى دعوى النتاج، ويقضى بالأمة لذى اليد، وإن كان المدعى خارجًا؛ لأنهما تصادقا على أن حق المعتق للأم بسبب ثبات نسب هذا الولد منه؛ لأن حق الأم إنما ثبت تبعًا لثبوت حق الولد وكل من يثبت نسب الولد منه يثبت حق العتق للأم من جهته باتفاق الخصمين، وباتفاق البينتين، وقد ثبت نسب الولد ههنا من ذى اليد، فيثبت حق العتق للأم من جهته، وإنما

يثبت حق العتق للأم من جهة ذى اليد إذا قضيت بالجارية لذى اليد .

وإن كان الغلام يدعى أنه ابن الخارج ، يقضى بالغلام للخارج ، ويقضى بالأمة له أيضًا ، أما القضاء بالغلام للخارج ؛ لأن الغلام لما ادعى أنه ابن الخارج ، صار بينة الخارج بينة الغلام ، وصار كأن الغلام أقام البينة بنفسه ، وهناك يقضى ببينة الغلام ، كذا ههنا . وأما القضاء بالأمة له فلما ذكرنا من العلة فى الفصل الأول من جانب ذى اليد .

ومما يتصل بهذا القسم دعوة الخارج مع ذى اليد نسب ولد الحرة مع دعوى نكاح الحرّة:

١٧٣١٩- قال محمد رحمه الله : حرة لها ابن ، وهما فى يدى رجل ، أقام رجل آخر البينة أنه تزوجها ، وإنها ولدت منه هذا الولد على فراشه ، وأقام ذو اليد بينة على مثل ذلك ، فإنه يقضى بالولد لذى اليد ، سواء ادعى الغلام أنه ابن ذى اليد ، أو ادعى أنه ابن الخارج ، إن ادعى أنه ابن ذى اليد فظاهر ، وإن ادعى أنه ابن الخارج فلانًا ، قضينا بالنكاح لذى اليد ؛ لأنهما ادعيا تلقى الملك فى بضعها من جهة واحدة ولأحدهما يد ، فيقضى لذى اليد ، كما فى دعوى الشراء .

وإذا وجب القضاء بالنكاح لذى اليد ، لم يمكن القضاء بالنكاح للخارج ، وما لم يثبت النكاح فى المرأة للخارج ، لا يمكن إثبات نسب الولد منه .

ولو كان الذى هما فى يديه من أهل الذمة ، وشهوده مسلمون ، والذى يدعيه مسلم ، وشهوده مسلمون ، والمرأة من أهل الذمة ، قضيت بالمرأة والولد للذى هما فى يديه ؛ لأن بينة كل واحد منهما حجة على صاحبه ، وفى دعوى النكاح والنسب بينة ذى اليد أولى ، فيقضى بالولد والمرأة لذى اليد .

وإن كانت المرأة مسلمة فى هذه الصورة يقضى بالمرأة والولد للمدعى ، سواء كان شهود ذى اليد مسلمين ، أو كانوا من أهل الذمة ، أما إذا كانوا من أهل الذمة فظاهر ؛ لأن شهود أهل الذمة ليست بحجة على المدعى ، وكان ذا اليد لم يقم البينة ، فيقضى للخارج ببينته ، وإن كان شهود ذى اليد من أهل الإسلام ، فلأن ذا اليد يدعى نكاحًا فاسدًا ؛ لأن

نكاح الذمى على المسلمة نكاح فاسد، وبينة ذى اليد فى دعوى النكاح إنما يترجح إذا ادعى ذو اليد نكاحًا صحيحًا، وإن ادعى المدعى أنه تزوجها فى وقت كذا، وأقام على ذلك بينة، وأقام ذو اليد على وقت دونه، فإنه يقضى بها للخارج؛ لأنهما ادعيا تلقى الملك من جهة ثالث، وأرّخا وتاريخ أحدهما أسبق، فيقضى لأسبقهما تاريخًا، كما فى دعوى النتاج.

ومما يتصل بهذا القسم دعوى ذى اليد نسب الولد مع نكاح أمه، ودعوة الخارج نسب الولد مع ملك أمه:

١٧٣٢٠- ولو أقام ذو اليد بينة أنها امرأته، تزوّجها وولدت هذا الولد منه على فراشه، وأقام آخر بينة أنها أمته، ولدت هذا الغلام فى ملكه على فراشه، فإنه يقضى بالولد للزوج، وتملك الأمة للمدعى، أما القضاء بالولد للزوج لأن الزوج أثبت نسب الولد بفراش النكاح، والمدعى أثبت فراشه بملك اليمين، وأما القضاء بالأمة للمدعى لأن المدعى يدعى ملكها، والزوج لا يدعى ملكها، إنما يدعى النكاح فيها، ويجوز أن تكون أمة الإنسان منكوحة الغير، فلا تنافى بين الدعوتين، فيقضى بالأمة للمدعى لهذا، وكان الولد مع الأمة مملوكين له؛ لأن الولد يتبع الأم فى الملك، إلا أن الولد يعتق بإقرار المدعى، وتصير الجارية أم ولد له بإقراره أيضًا، قال: إلا أن يشهد شهود المدعى أنها غرته من نفسها، بأن زوّجت نفسها على أنها حرة، فحينئذٍ يكون الولد حرًّا بالقيمة.

قال: أمة وولدها فى يدى رجل أقام رجل بينة أنها أمة ابنه، فولدت هذا الولد على فراش ابنه فى ملكه، وأبوه ميت، وأقام ذو اليد بينة أن هذه أمته، ولدت هذا الولد على فراشه فى ملكه، قضيت بالولد للميت الذى ليست فى يديه؛ لأنهما استويا فى إثبات النسب بفراش ملك اليمين، وترجحت بينة الميت بإثبات حقيقة العتق للجارية فى الحال.

وأما القسم الثانى فى دعوة الخارجين نسب الولد:

١٧٣٢١- قال محمد رحمه الله: صبى فى يدى رجل جاء رجلان، وادعى كل

واحد منهما أنه ابنه، وأقاما على ذلك بينة قضى بنسبه منهما، وإن وقتت إحدى البينتين وقتًا قبل الأخرى، ينظر إلى سنّ الصبى، فإن كان موافقًا لأحدى الوقتين مخالفًا للوقت الآخر، يقضى للذى كان وقته موافقًا لسن الصبى، وإن كان مخالفًا لأحد الوقتين بيقين مشكلا للوقت الآخر، يقضى للمشكل؛ لأنه لم يتيقن بكذبه، وتيقن بكذب الآخر، وإن كان مشكلا للوقتين، نحو إن شهد أحد الفريقين أنه ابن تسع سنين، وشهد الفريق الآخر أنه ابن عشر سنين، وهو يصلح ابن تسع سنين، وابن عشر سنين، فعلى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله: يسقط اعتبار التاريخ، ويقضى بينهما باتفاق الروايات، وأما على قول أبى حنيفة رحمه الله: ذكر شيخ الإسلام فى شرحه: أنه يقضى بينهما فى رواية أبى حفص، ولا يعتبر التاريخ، وعلى رواية أبى سليمان: يقضى لأسبقهما تاريخًا، فعلى هذه الرواية اعتبر التاريخ، وذكر شمس الأئمة الحلوانى فى شرحه، وأما على قول أبى حنيفة رحمه الله: ذكر فى عامّة الروايات: أنه يقضى بينهما، وذكر فى بعض الروايات: أنه يقضى لأسبقهما تاريخًا، قال رحمه الله: والصحيح ما ذكر فى عامّة الروايات، واتفقت الروايات عن أبى حنيفة أنه لا عبرة للتاريخ فى باب النتاج، حتى إن الرجلين إذا ادعيا نتاج دابة فى يد آخر، وأقاما البينة، وأرّخا، وكان سنّ الدابة مشكلا، يقضى بينهما.

وعلى ما ذكر فى رواية أبى حفص كما ذكره شيخ الإسلام، وعلى عامة الروايات كما ذكره شمس الأئمة لا فرق بين دعوى النتاج والنسب، والتاريخ ساقط الاعتبار عند أبى حنيفة فيهما، كما هو مذهبهما، وعلى ما ذكر فى رواية أبى سليمان كما ذكره شيخ الإسلام، وعلى بعض الروايات كما ذكر شمس الأئمة، فرق أبو حنيفة رحمه الله بين النتاج وبين النسب، فاعتبر التاريخ فى النسب، وأسقط التاريخ فى النتاج، وهما سوّيا[1] بين النسب والنتاج، وأسقطا التاريخ فيهما، والقياس معهما؛ لأن النسب بمعنى النتاج من حيث إنه ثبت ابتداء للوالد على الولد لا من جهة أحد بسبب لا يثنى ولا يتكرر، فسقوط اعتبار التاريخ فى النتاج يكون سقوطًا فى النسب، وأبوحنيفة يقول: إنما سقط اعتبار التاريخ فى النتاج؛ لأن بزيادة التاريخ لا يثبت لصاحب الزيادة زيادة

(١) هكذا فى ظ والأصل، وفى م: "استويا" وفى ف: "سواء".

استحقاق على أحد؛ لأن النتاج لا يستحق على أحد، فصار وجوده والعدم بمنزلة، أما بزيادة التاريخ فى باب النسب يثبت لصاحب الزيادة زيادة استحقاق؛ لأن النسب يوجب حقوقًا فيما بين الوالد وولده، فأسبقهما تاريخًا بزيادة التاريخ يثبت زيادة استحقاق، فكان بينته أولى، ألا ترى أن فى دعوى الشراء من ثالث اعتبرنا سبق التاريخ، وطريقه ما قلنا.

١٧٣٢٢- صبى فى يدى رجل يدّعى نسبه خارجان: أحدهما مسلم، والآخر ذمى، وأقام كل واحد منهما بينة من المسلمين أنه ابنه، قضى بالنسب من المسلم، وترجح المسلم على الذمى بحكم الإسلام، وفى هذه المسألة تعذر الترجيح بحكم اليد؛ لأنهما خارجان، فرجحنا بحكم الإسلام، وفيما إذا كان الصبى فى يد ذمّى يدّعى أنه ابنه، ويقيم عليه بينة من المسلمين أو من أهل الذمة، يقضى للذمى؛ لأن هناك الترجيح بحكم اليد ممكن، فرجحنا اليد عند الاستواء فى الحجة.

١٧٣٢٣- صبى فى يدى رجل ادّعاه ذمّى أنه ابنه، ولد على فراشه، وأقام على ذلك شاهدين مسلمين، وادعى عبد مسلم أنه ابنه ولد على فراشه من هذه الأمة، قضى للذمى، ولم يترجح العبد بحكم إسلامه، وإن كانا خارجين كما فيما تقدم؛ لأن الترجيح بحكم الإسلام، إنما يكون بعد استبراء البينتين فى الإثبات، وبينة الذمى أكثر إثباتًا؛ لأنها تثبت النسب بجميع أحكامه.

١٧٣٢٤- ولو ادعى يهودى ونصرانى ومجوسى كل واحد يدّعى أنه ابنه وُلد على فراشه، يقضى لليهودى والنصرانى بينهما، ولا يقضى للمجوسى؛ لأن بينة المجوسى لا تعارض بينتهما؛ لأن بينتهما تثبت بعض أحكام الإسلام، وهو حلّ المناكحة وحل الذبيحة، واليهودى والنصرانى سواء لاستواءها فى الإثبات.

١٧٣٢٥- صبى فى يدى رجل ادعاه حر مسلم، أنه ابنه من هذه المرأة، وادعاه عبد أو مكاتب أنه ابنه من هذه المرأة، قضى للحر؛ لأن بينته أكثر إثباتًا؛ لأنها تثبت النسب بجميع أحكامه، ولو ادعاه عبد أنه ابنه ولد من هذه الأمة، وادعاه مكاتب أنه ابنه ولد من هذه المكاتبة، قضى للمكاتب؛ لأن بينته أكثر إثباتًا؛ لأنها توجب حرية الولد.

هذا إذا كان مدعى النسب اثنين، ولو كان مدعى النسب ثلاثة، أو أكثر، فعلى

قول أبى حنيفة : يثبت النسب من الكل ، وعلى قول أبى يوسف : إذا كانوا أكثر من اثنين لا يثبت النسب ، وعلى قول محمد : يثبت النسب من ثلاثة ، ولا يثبت من أكثر من ثلاثة .

وإذا كان المدعى امرأتين أو ثلاثة ، فعلى قول أبى حنيفة : يثبت النسب من كل واحدة منهما ، وقال أبو يوسف ومحمد : لا يثبت النسب من واحدة منهما ، وقد مرّت المسألة فى كتاب اللقيط .

القسم الثالث

وهو دعوة صاحب اليد الولد :

١٧٣٢٦- صبى فى يدى رجل وامرأته ، قال الرجل : هذا ابنى من امرأة أخرى ، وقالت المرأة : هذا ابنى من زوج آخر كان لى قبلك ، فهو ابنهما ، ولا يصدّق كل واحد منهما فيما يدعى من الإخراج من يد صاحبه ، وهذا لأن كل واحد منهما أقر بثبوت نسب الولد ، وادعى ما يخرجه من يد صاحبه ، ويدهما ثابتة فى الولد على السواء ، فصح إقرارهما بثبوت نسب الولد ، ولم يصح دعواهما الإخراج من يد صاحبه .

وإن كان الولد فى يد الزوج ، فقال : هذا ابنى من امرأة أخرى ، وقالت المرأة : هذا ابنى منك ، فالقول قول الزوج ، وإن كان الولد فى يد المرأة ، فقالت المرأة : هذا ابنى من زوج كان لى قبلك ، وقال الزوج : هذا ابنى منك ولدته فى ملكى ، فالقول قول الزوج أيضًا ، وكان ينبغى أن القول قولها[1] فى هذه الصورة ؛ لأن الولد فى يدها ، ألا ترى أنا جعلنا القول قول الزوج فى المسألة الأولى ؛ لأن الولد فى يده ، واختلف عبارة المشايخ فى الفرق بين المسألتين ، فعبارة بعضهم : أن الولد إن كان فى يدها حقيقة ، فهو فى يد الزوج حكمًا ، فلا يصدّق المرأة فى دعواها ، كما لو كان فى يد الزوج حقيقة ، أما ما فى يد الزوج لا يعتبر فى يد المرأة حكمًا ؛ لأن المرأة ليست بقوامة عليها بحكم النكاح ، فكان الولد فى يد الزوج حقيقةً وحكمًا ، وكذلك إذا اختلف الزوجان فى متاع البيت ، لا يجعل القول قول الزوج فيما فى يد المرأة ، ولا يجعل ما فى يد المرأة فى يد الزوج حكمًا

(١) هكذا فى الأصل ، وكان فى ظ وف وم : قولهما .

مع هذا لا يقبل قول المرأة فى الولد، وإن كان فى يدها؛ لأن المرأة بما تقول: تريد قطع النسب من هذا الزوج مقصودًا؛ لأن الأنساب للآباء، وهذا الولد ثابت النسب من هذا الزوج ظاهراً، لقيام الفراش بينهما، فهو معنى قولنا: إنها تريد قطع النسب من الزوج مقصودًا، ومجرد اليد لا يصلح لذلك، ألا ترى أن اليد مع الملك لا تصلح لذلك، حتى لو كان لها عبد وهو معروف النسب من غيره إذا قالت: هذا ولد فلان الآخر، لايصدّق على ذلك، فأما إذا كان الولد فى يد الزوج، فالزوج بقوله: هذا ابنى من امرأة أخرى لا يقطع نسبًا ثبت منها مقصودًا؛ لأن الأنساب للآباء لا للأمهات، وليس يخرجه من يدها؛ لأنه لا يد لها، فكان مصدقا فيما ادعى.

وأما إذا كان فى أيديهما فالزوج إنما لا يصدّق وإن كان لا يقطع نسبًا مقصودًا من جانبها؛ لأنه يريد إخراج الولد من يدها، ويدها على الولد ثابت ظاهراً، فلا يصدّق فى دعوى الإخراج، وبعضهم قالوا: قيام الفراش بينه وبينهما لا يمنع فراشًا له على غيرها إما بنكاح أو ملك عين، فإذا كان الولد فى يد الزوج كان بيان نسبه إليه أنه بأى فراش حصل له، وأما ثبوت الفراش له عليها ينافى فراشًا آخر عليها لغيره، فكان هذا الفراش فى حقها متعينًا، وباعتباره يثبت النسب من الزوج.

١٧٣٢٧- وفى "المنتقى": إبراهيم عن محمد: امرأة قالت لزوجها: هذا ولدى منك وهو فى يدها، وشهدت امرأة على ولادتها، وكذّبها الزوج، لزم الزوج، إذا لزمها، لزمه، ولو كان الزوج يدعى ذلك وكذبته المرأة، فأقام الزوج امرأة على الولادة لا يصدق الزوج، وإنما يعتبر قول المرأة الشاهدة إذا ادعت.

١٧٣٢٨- وفيه أيضًا: ابن سماعة عن محمد: صبى فى يدى رجل وامرأة، قالت المرأة: هذا ابنى من هذا الرجل، وقال الرجل: هذا ابنى من امرأة أخرى غيرها، فإنه يكون ابن الرجل، ولايكون ابن المرأة، فإن جاءت المرأة بامرأة، وشهدت على ولادتها إياه، كان ابنها منه، وكانت زوجته بهذه الشهادة؛ لأنى جعلته ابنها، وإن كان الولد فى يد الرجل دون المرأة والمرأة امراءته، فادّعى الرجل أنه ولده من غيرها، وادعت المرأة أنه ابنها منه، وأقامت المرأة امرأة تشهد لها على الولادة لا يكون ابنها منه، ويكون ابنه من قبل أنه فى يده.

نوع آخر

فى دعوة المرأة نسب الولد:

١٧٣٢٩- صبى فى يدى رجل جاءت امرأة، وادعت أنه ابنها، وأقامت على ذلك شاهدين قضى لها بالولد، وإن لم يقم إلا امرأة، فإن كان صاحب اليد يدعيه لنفسه، لا يقضى للمرأة المدعية، قيل: هذا على قول أبى حنيفة رحمه الله، فأما على قولهما: يقضى للمرأة المدعية بناءً على أن شهادة القابلة على الولادة إذا لم يتأيد بمؤيد، وتضمنت إبطال حق مستحق على الغير ليست بحجة عند أبى حنيفة رحمه الله، وهنا تضمنت إبطال اليد على ذى اليد، فصار وجودها والعدم بمنزلة، بقى مجرد الدعوى من جانبها، ومن جانب صاحب اليد كذلك، فيقضى لصاحب اليد، وعندهما شهادة القابلة حجة بمنزلة الشهادة الرجلين، فيقضى بالولد للمدعية، وإن كان ذو اليد لا يدعى لنفسه، يقضى بالولد للمرأة المدعية؛ لأن ذا اليد إذا كان لايدعيه لنفسه، فهو لقيط، فليس له على اللقيط يد مستحقة، ألا ترى أن للقاضى أن ينزعه من يده، وإذا كان للقاضى ولاية إبطال يده من غير شهادة القابلة، فمع شهادة القابلة أولى.

١٧٣٣٠- صبى فى يدى امرأة، ادعت امرأة أخرى أنه ابنها، وأقامت على ذلك امرأة، وأقامت المرأة التى فى يديها امرأة أنه ابنها، يقضى للتى فى يديها، أما على قول أبى حنيفة: فلأن شهادة المرأة الواحدة للخارجة عند دعوى ذى اليد، ومجرد دعوة الخارجة سواء، وأما عندهما: فلأنهما استويا فى الدعوة والحجة، وترجح ذو اليد بحكم يده، ولو شهد لكل واحد منهما رجلان، قضى لذى اليد.

ولو شهد لصاحبة اليد امرأة واحدة، وشهد للخارجة رجلان، قضى للخارجة، أما عند أبى حنيفة: فلأن شهادة امرأة واحدة على الولادة حالة المنازعة ومجرد الدعوى سواء، وأما عندهما: فلأنه لا تعارض بين الحجتين؛ لأن شهادة امرأة واحدة حجة على الولادة لاغير، وشهادة الرجلين حجة فى الولادة وغيرها من الأحكام.

١٧٣٣١- صبى فى يدى رجل لا يدعيه أقامت امرأة بينة أنه ابنها ولدته، ولم تسم أباه، وأقام رجل بينة أنه ولده على فراشه، ولم يسم أمه، فإنه يجعل ابن هذا الرجل من

هذه المرأة، ولايعتبر الترجيح باليد كما لو كان المدعى رجلان، والصبى فى يد أحدهما، فإنه يقضى لصاحب اليد؛ لأن الترجيح بحكم اليد إنما يكون عند تعذر العمل بالبينتين، وقد أمكن العمل بالبينتين؛ لأنهما قامتا لإثبات نسب هذا الولد من هذا الرجل وهذه المرأة، والنسب هكذا يثبت من الرجل والمرأة، بخلاف ما إذا كان الدعوة من رجلين؛ لأن هناك تعذر العمل بالبينتين؛ لأن النسب لا يثبت من رجلين، فرجحنا بينة أحدهما بحكم اليد -والله أعلم- .

نوع آخر
فى دعوة نسب ولد أمة الغير بحكم النكاح:

١٧٣٣٢- أمة فى يدى رجل لها منه ولد، جاء رجل، وقال: الأمة للتى هى فى يديه، وإنه زوّجها منى، وقد ولدت على فراشى هذا الولد الذى فى يدى، وأقام على ذلك بينة، وأقام صاحب اليد بينة أن الأمة لهذا المدعى، وأنه زوجها منى، وولدت على فراشى هذا الولد الذى فى يدى، فإنه يقضى لكل واحد منهما بالولد الذى فى يديه؛ لأن كل واحد منهما يدعى الولد الذى فى يدَيه، ولا ينازعه فى ذلك أحد، ويحكم بحرية كل واحد من الولدين؛ لأن كل واحد من المدعيين يقول: الولد الذى فى يد صاحبى ملك صاحبى، وصاحبى أقر بحريته لما ادعى به، وقد صحّ إقراره بذلك، فقد تصادقا على حرية كل واحد من الولدين، فيحكم بحريتهما من هذا الوجه، ويصير الجارية أم ولد موقوفة فى يد الذى هى فى يديه، لا يطأها واحد منهما لصيرورتها أم ولد لتصادقها على ذلك؛ لأن كل واحد منهما يقوله هى مملوكة لصاحبى، وصاحبى قد أقر بكونها أم ولد، فتصير أم ولد للحال، وتكون موقوفة؛ لأن كل واحد منهما يقر لصاحبه، وصاحبه يبرأ من ذلك، وأيهما مات، عتقت؛ لأنهما تصادقا على حريتها بعد موت أيهما مات.

وإذا كانت الأمة فى يدى رجل، وفى يديه ولدها، فادعى آخر أنه تزوجها بغير إذن مولاها، فولدت له على فراشه هذا الولد الذى فى يد مولاها، وأقام البينة على ذلك، وأقام الذى فى يديه الأمة بينة أن هذا الولد ابنه ولد على فراشه من أمته هذه، فإنه

يقضى بالولد للزوج، وإن كان الزوج خارجًا، ودعوى النسب بمنزلة دعوى النتاج، إنما كان بينة صاحب اليد أولى؛ لأن البينتين استوتا فى الإثبات، فإن كل واحدة أثبتت أولية الملك لا من جهة أحد، وترجحت بينة ذى اليد بحكم اليد، وههنا ما استوت البينتان فى الإثبات؛ لأن بينة الزوج تثبت النسب بفراش النكاح، وبينة صاحب اليد تثبت النسب كالفراش بملك اليمين، والنسب الثابت بالنكاح آكد حتى لا ينتفى بمجرد النفى، وكانت بينة الخارج أكثر إثباتًا، فكانت أولى.

فإن قيل: يجب أن لا يثبت الفراش الموجب لثبات النسب بهذا النكاح؛ لأنه عقد بغير إذن المالك، والمستولد عالم به، فهو بمنزلة ما لو اشترى أمّة من الغاصب، وهو عالم بذلك واستولدها، فإنه لا يثبت نسب الولد من المشترى، وطريقه ما قلنا.

قلنا: هذا النكاح صدر من المالك من وجه، وهى الجارية؛ لأن الجارية فى حق النكاح مبقاة على الحرية حتى كان لها القسم كما للحرية، واعتبرت الأمة بالعبد، فإن العبد فى حق النكاح مبقى على الحرية حتى ملك النكاح بإذن المولى، ولو ثبت الرق فى حق النكاح؛ لما ملكه بإذن المولى كملك المال، فعلم أن النكاح صدر من المالك من وجه، إلا أنه فسد لفوات شرطه، وهو بمنزلة أحد الموليين إذ زوّج الأمة بغير إذن الآخر، وبمنزلة العبد إذا تزوج بغير إذن المولى، وهناك ينعقد النكاح بوصف الفساد، كذا ههنا، بخلاف المشترى من الغاصب؛ لأن ذلك التصرف صدر من غير المالك من كل وجه، فيكون وجوده وعدمه بمنزلة، ثم قال: ويعتق الابن بإقرار المولى بعتقه حيث ادعى نسبه، وتكون الجارية بمنزلة أم الولد تعتق بموته؛ لأن المولى كما أقر للولد أقر للجارية.

نوع آخر فى دعوة غلام أنه ابن فلان ولد على فراشه من أمته هذه ودعوة فلان كون الغلام عبداً له ولدته أمته هذه زوّجها من عبده فلان:

١٧٣٣٣ - قال محمد رحمه الله: ولو أن غلاما احتلم فأقام بينة أنه ابن فلان وُلد على فراشه من أمته هذه، وقال فلان: إنه عبدى ولدته أمتى هذه زوجتها من عبدى فلان، فهذا على وجهين: الأول: أن يكون العبد حيّا، ويدعى ذلك، وفى هذا الوجه يثبت نسب الغلام من العبد، وهذا مشكل؛ لأن الغلام فى يد نفسه، واليد معتبرة

ترجيحًا فى دعوة النسب، ولا يثبت[1] حرية نفسه من الأصل، وحق العتق للأم، وبينة العبد تثبت رقهما.

والجواب: أن الترجيح باليد وبإثبات الحرية إنما يقع إذا استوت البينتان فى الإثبات فيما وقع فيه الدعوى، وأما إذا كان إحدى البينتين أكثر إثباتًا فيما وقع فيه الدعوى، يعتبر الترجيح بكثرة الإثبات، كما فى دعوى الملك المطلق لم يعتبر الترجيح باليد؛ لما كانت بينة الخارج أكثر إثباتًا فيما وقع فيه الدعوى؛ لأن العبد ببينته يثبت نسب الغلام بفراش النكاح، والغلام يثبت نسبه من المولى بفراش ملك اليمين، والنسب الثابت بفراش النكاح آكد حتى لا ينتفى نسب فراش النكاح بمجرد النفى، وكانت بينة العبد أكثر إثباتًا فيما وقع فيه الدعوة، فكانت أولى بالقبول، وإذا قبلنا بينة العبد، كان الغلام وأمّه رقيقين للمولى.

الوجه الثانى: إذا كان العبد ميتًا، أو كان حيًا إلا أنه لا يدعى نسب الغلام، ولا يدعى النكاح ومولى الأمة أيضًا ميت، وإنما يدعيه ورثة الميت، ويقيمون البينة على ذلك، وفى هذا الوجه يقضى بنسب الغلام من مولى الغلام، ويرث مع سائر ورثته؛ لأن بينة الورثة قامت على إثبات النكاح للعبد، وهم أجانب عن نكاح العبد، والبينة إنما تقبل من صاحب الحق، لا من أجنبى، وكأن الورثة لم يقيموا بينة على ما ادعوا، أو نقول: الورثة بهذه البينة لا يثبتون لأنفسهم شيئًا لا النكاح ولا النسب، وإنما غرضهم من هذه البينة نفى نسب الغلام من المولى، والبينة على النفى لا تقبل، وإذا لم تقبل بينة الورثة بقيت بينة الغلام خالية عن المعارض.

ولو كان العبد والمولى حيين، فأقام العبد بينة أن هذا الغلام ابنه من هذه الأمة، وأقام المولى بينة أنه ابنه من هذه الأمة، فهو ابن العبد؛ لأن العبد ببينته يثبت النسب بفراش النكاح، والمولى يثبت النسب بفراش ملك اليمين، فكانت بينة العبد أكثر إثباتًا، وكذلك إن أقام الغلام بينة أنه ابن هذا العبد من هذه الأمة، وأقام المولى بينة أنه ابنه من هذه الأمة، فهو ابن العبد؛ لما ذكرنا.

١٧٣٣٤- ولو أن رجلا مات، وترك أموالا كثيرة، فجاء غلام قد احتلم، ومثله

(١) هكذا فى جميع النسخ، ولعله: "ويثبت".

يولد للميت، وأقام بينة أنه ابن الميت من أمته فلانة، وولدته فى ملكه، وأن الميت أقر بذلك، وأقام رجل آخر بينة أن هذا العبد عبده، وأن الأمة أمته زوّجها عبده فلان، فولدت منه هذا الولد، فإن كان العبد حيّا، ويدعى ذلك، فهو ابن العبد؛ لما ذكرنا فى المسألة المتقدمة أن بينة العبد أكثر إثباتًا فيما وقع فيه الدعوة، ويقضى بالأمة للمدعى؛ لأن البينتين فى حق الأمة قامت على الملك المطلق، والمدعى خارج، فيقضى ببينة المدعى فى الأمة، وإن كان العبد ميتًا، أو كان حيّا إلا أنه أنكر النكاح، فإن نسب الغلام يثبت من الميت الذى أقام الغلام البينة أنه ابنه، ويرث منه؛ لأن بينة المدعى على إثبات نكاح الغلام غير مسموعة؛ لأنها تثبت نكاح الغير، والبينة على إثبات نكاح الغير لا تقبل من غير دعوى صاحب النكاح، وإذا لم تقبل بينة المدعى جعل كأن المدعى لم يقم البينة، وتفرد الغلام بإقامة البينة، وهناك يقضى ببينة الغلام، كذا ههنا، ويقضى بالأمة للميت، وتصير أم ولد له، ويحكم بعتقها بموته، وكان ينبغى أن يقضى بالأمة للمدعى؛ لأن الدعوى فى الأمة دعوى مطلق الملك مفردًا، وبينة الغلام يثبت الملك للميت فى الجارية مع العتق، وذواليد إذا ادعى مطلق الملك مع العتق كان بينته أولى من بينة الخارج إذا كان الخارج يدعى مطلق الملك مفردًا.

نوع آخر
فى دعوى الولد من الزنا:

١٧٣٣٥- وإذا ولدت أمة الرجل ولدًا، فادعاه رجل أنه ابنه من الزنا، ثم ملكه يومًا من الدهر، فإنه يعتق عليه من غير أن يثبت نسبه، وإن ملك أمّه، القياس أن تصير أم ولد له، وفى الاستحسان: لا تصير أم ولد له، وجه القياس فى ذلك: أن حق الأم فى هذا الباب تبع لحق الولد، وحق الولد فى شيئين فى النسب وحقيقة العتق، وحق الولد يثبت فى حقيقة العتق إذا ملكه المستولد، وإن كان من زنا، فوجب أن يثبت حق الأم فى حق العتق؛ لأن ثبوت أحد الحقين للولد كافٍ[1] لثبوت حق الأم، ألا ترى أن لو ثبت نسب الولد صارت الجارية أم ولد له، وإن لم يثبت حقيقة الحرية للولد بأن استولد جارية

(١) هكذا فى م، وكان فى الأصل وظ: "كان".

الغير بالنكاح، ثم تملكها، فإن الجارية به تصير أم ولد له؛ لأنه يثبت أحد الحقين للولد وهو النسب، كذا ههنا، وجه الاستحسان: أن ثبوت أحد الحقين للولد كافٍ لثبوت الحق للأم إذا ثبت الحق للولد من وقت العلوق، إما ثبات النسب إن استولدها بالنكاح، أو علوقه حر الأصل إن استولدها بملك اليمين، وهذا لأن الجارية إنما تصير أم ولد عند العلوق، فشرط لثبوت حقها ثبوت الحق للولد عند العلوق، ولم يثبت ههنا للولد وقت العلوق، لا حق ثبات النسب ولا الحرية، وإنما عتق الولد بسبب طارئ بعد العُلوق، وهو الملك، وهذا لا يوجب ثبوت الحق للأم، كما لو أعتق الأمة الولد.

وكذلك إذا قال المدعى: هذا ابنى من فجور، أو قال: فجرت بها، فولدت هذا، أو قال: هذا ابنى من غير رشدة؛ لأن هذه العبارات تنبئ عن الزنا، وكأنه قال: هذا ولدى من الزنا، وكذلك إن كان هذا الولد لأب المدعى، أو لخاله، أو لرجل ذى رحم محرم من المدعى، لا يثبت نسبه من المدعى، إذا قال: هو من زنا؛ لأن وطءه جارية هؤلاء زنا محض، وليس له فيها ملك، ولا تأويل ملك، وبالزنا لا يثبت النسب، ولا يعتق هذا الولد على هؤلاء؛ لأن بعد الملك إنما يثبت العتق إذا كان المملوك ذا رحم محرم من المالك، أو كان بعضًا من المالك، وهذا بخلاف ما إذا كان الولد لابن المدعى، فإنه يثبت نسب الولد منه، وإن قال: هو من زنا؛ لأنه لا يكون زانيًا بجارية ابنه؛ لأن له فيها تأويل ملك، بخلاف من سواه على ما ذكرنا.

١٧٣٣٦- وإذا أقر الرجل أنه زنا بهذه المرأة الحرة، وأن هذا الولد ولد منها من الزنا، وصدّقته المرأة فى ذلك، لا يثبت نسب الولد من الرجل على كل حال، وهل يثبت نسبه من المرأة؟ إن شهدت القابلة بولادتها هذا الولد، ثبت النسب منها، وما لا فلا، فإذا أقر الرجل بالزنا بامرأة حرة أو أمة، وأن هذا الولد منها من الزنا، فادعت المرأة نكاحًا جائزًا أو فاسدًا، لا يثبت النسب من الرجل، وإن ملكه؛ لأن النكاح لم يثبت بقولها؛ لما أنكر الزوج النكاح بقى الفعل زنا فى حق الزوج كما أقر، وبالزنا لا يثبت النسب، وإن ملك الزانى إلا أن يعتق عليه إذا ملكه؛ لأنه جزءه وإن لم يكن منسوبًا إليه شرعًا، وكما لا يثبت الإنسان الرق على نفسه لم يثبت له الرق على جُزءه، ولا حد عليه، فقد عرف فى كتاب الحدود أن الحد يسقط بدعوى أحد الواطئين النكاح، وعليه

العُقر لأن الوطء الحرام في دار الإسلام لا يخلو عن عقوبة أو غرامة، وتعذر إيجاب العقوبة، فتجب الغرامة.

وكذلك إذا أقامت شاهدًا واحدًا لا يثبت النسب من الرجل، وإن كان الشاهد عدلا؛ لأن شهادة شاهد واحد ليست بحجة في إثبات النكاح، فصار وجوده في حق ثبوت النكاح والعدم بمنزلة، وعليه العقر وعليها العدة؛ لأن العدة حق الله تعالى، وقول الواحد العدل حجة في حقوق الله تعالى، فثبت النكاح بهذه الشهادة في حق وجوب العدة، وإن لم يثبت في حق ثبوت النسب؛ لأن ذلك من حقوق العباد.

١٧٣٣٧- وإذا ادعى الرجل النكاح، وادعت المرأة الزنا، ذكر في "الأصل": أنه إن كان الولد في يد الزوج يثبت نسب الولد منه؛ لأن الولد إذا كان في يده لو ادعى رقه يصح دعواه؛ لقيام يده مع أنه إقرار على الولد، فإذا ادعى نسبه لأن يصح[1] دعواه، وإنه إقرار للولد كان أولى، وإن كان الولد في يد المرأة لا يثبت نسبه من الرجل إلا ببينة، فإن ملكه يومًا من الدهر يثبت نسبه منه، ويصير كالمجدد[2] لذلك الإقرار، وكذلك إذا ملك أمة تصير أم ولد له.

١٧٣٣٨- وفي "نوادر ابن سماعة" عن أبي يوسف: في رجل ادعى ولدًا في يدي امرأة، وقال: هذا ولدي منك من الزنا، قال: فإني أثبت نسب الولد منه، وأقضي بالمهر عليه، وتبين بما ذكر ابن سماعة أن ما ذكر في "الأصل": أنه إذا كان الولد في يدي المرأة، لا يثبت نسبه من الرجل قول محمد.

قال في "الأصل": وكذلك إذا أقام الرجل شاهدًا واحدًا على النكاح، لا يثبت النسب من الرجل، يريد به إذا كان الولد في يد المرأة، وكذلك إذا أقام شاهدين غير أنهما لم يزكيا، أو كانا محدودين في قذف أو أعميين، فإني لا أثبت النسب، وأوجب المهر والعدة؛ لأن النكاح لا يثبت بشهادة الفاسقين والأعميين والمحدودين في القذف، كما لا يثبت بشهادة الواحد، فصار الجواب في هذه الصورة نظير الجواب في الشاهد الواحد.

---

(١) هكذا في ظ ف وم، وكان في الأصل: "لا يصح".

(٢) وفي ف: "كالمحدود".

١٧٣٣٩- وإذا كان للرجل امرأة ولدت على فراشه ولدًا، فقال الزوج: زنيت بها، وولدت هذا منه، وصدّقته المرأة فى ذلك، فإن نسب الولد يثبت منه؛ لأنه ولد النكاح، وولد النكاح ثابت النسب من صاحبه، لا ينتفى نسبه إلا باللعان، ولا لعان بينهما لإقرارها على نفسها بالزنا.

١٧٣٤٠- وإذا قال لصبى فى يدى امرأة: هذا ابنى من الزنا، وقالت المرأة: لا، بل من النكاح، فقال الزوج بعد ذلك: هو من النكاح، يثبت النسب من الرجل؛ لأن إنكاره السابق لا ينافى إقراره اللاحق كما فى باب المال إذا قال: لا حق لفلان قبلى، ثم قال: له على ألف درهم، وكذلك إذا قال الرجل: هو ابنى من نكاح، وقالت المرأة: هو ابنى من منك من زنا، ثم قالت بعد ذلك: هو ابنى منك من نكاح، فإنه يثبت النسب منهما، والمعنى ما ذكرنا.

١٧٣٤١- رجل تزوج امرأة لا تحل له، فأغلق الباب، وأرخى الستر، لم تكن له عليه مهرًا، والمسألة معروفة فى كتاب النكاح، فإن جاءت بولد لستة أشهر منذ خلا بها، فإن نسبه يثبت منه، وهذا لأن ولادة الولد لستة أشهر منذ خلا بها دليل ظاهر على دخوله بها فى حالة الخلوة، وإن كان ممنوعا عن وطءها شرعًا، والعمل بالظاهر واجب حتى يقوم الدليل على خلافه، ومن ضرورة الوصول بها ثبوت النسب؛ لأن النكاح الفاسد بعد الدخول ملحق بالنكاح الصحيح فى حق ثبات النسب، ويجب المهر؛ لأنا قد حكمنا بالدخول، والدخول فى النكاح الفاسد يوجب المهر، وهذا الذى ذكرنا قول أبى حنيفة رحمه الله، وأما على قول أبى يوسف ومحمد هذا النكاح غير منعقد أصلا[1]، لا جائزًا ولا فاسدًا؛ لأنه أضيف إلى غير محله، ولهذا يوجب الحد على قولهما، وإذا لم ينعقد هذا النكاح عندهما صار وجوده والعدم بمنزلة، وكان فعله زنا محضًا، فلا يثبت النسب، ولا يجب المهر والعدة.

(١) وفى ظ: "أيضًا".

نوع آخر

فى المرأة إذا تزوجت وزوجها حى وجاءت بالأولاد:

١٧٣٤٢ - قال: وإذا نعى إلى المرأة زوجها، واعتدت عدة الوفاة، وتزوجت بزوج آخر، وولدت من هذا الزوج الآخر، ثم جاء الأول حيّا، أجمعوا على أن المرأة ترد على الأول، واختلفوا فى الأولاد، قال أبو حنيفة: الأولاد للزوج الأول على كل حال، وقال أبو يوسف ومحمد: إذا جاءت به بالولد لأكثر من سنتين منذ دخل بها الزوج الثانى، فالولد للزوج الثانى، وإن جاءت به لأقل من ستة أشهر منذ دخل بها الزوج الثانى، فالأولاد للزوج الأول، وإن جاءت به لستة أشهر منذ دخل بها الزوج الثانى إلى سنتين، قال أبو يوسف: هو للثانى، وقال محمد: هو للأول، وروى أبو عصمة سعد بن معاذ عن إسماعيل بن حماد عن عبد الكريم الجرجانى رحمه الله عن أبى حنيفة: أنه رجع عن هذا القول، وقال: الأولاد للثانى، فوجه قولهما أن الثانى يساوى الأول فى السبب الموجب لثبات النسب، وهو الفراش، وترجح على الأول بحكم الوطء وما يقوم مقامه، وهو الخلوة الصحيحة.

بيانه: أن الأول كان له فراشًا فلا وطء منه لا حقيقة وهذا ظاهر ولا حكمًا؛ لأنه غير متمكن من وطءها حقيقة بسبب الغيبة، وإنما يعتبر الإنسان واطئًا حكمًا إذا كان ممكنًا منه حقيقة، فهو معنى قولنا: إن الثانى ترجح على الأول بالوطء حقيقة، أو ما يقوم مقامه، فوجب أن يثبت النسب من الثانى دون الأول، وإن كان فراش الثانى فاسدًا، وفراش الأول صحيحًا قياسًا على امرأة الصبى إذا زوّجت نفسها من رجل، وجاءت بالولد، فإن هناك الولد يكون للثانى، وفراشه ثبت بنكاح فاسد، ونكاح الصبى صحيح ما كان الطريق فيه سوى أن الثانى ترجح على الصبى بالوطء، وهذا بخلاف ما لو كان الزوج الأول حاضرًا؛ لأن الحاضر متمكن من وطء المرأة كالثانى، فاستويا فى التمكن من الوطء، وترجح الأول بحكم الصحة إلا أن أبا يوسف يقول: إذا جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر منذ دخل بها الثانى، فهو للأول، وإذا جاءت به لستة أشهر إلى سنتين فهو للثانى؛ لأن بالدخول يثبت فراش الثانى؛ لأن النكاح الفاسد ملتحق بالصحيح فى حق حكم النسب، فينقطع الأول بالثانى فى حق حكم النسب، وتكون

العبرة للثانى ، ألاترى أن بدخول يحرم على الأول ، ويلزمها العدة من الثانى ، وهذا دليل على أن الفراش الأول قد زال ، وإنما كان التقدير فيه بأدنى مدة الحبل اعتباراً للفاسد بالصحيح .

ومحمد رحمه الله يقول : فراش الأول وإن زال ، فالملك لم يزل ، ولو زال الفراش والملك بالطلاق أو بالملك ، وبقيت العدة إذا جاءت بولد ما بينها وبين سنتين فالولد للأول ، وإن جاءت به لأكثر من سنتين فالولد للثانى ، فكذا إذا زال الفراش وبقى الملك من طريق الأولى ؛ لأن الملك فوق العدة ، وأبو حنيفة رحمه الله يقول : الأول ساوى الثانى فى السبب الموجب ، وهو الفراش لثبات النسب ، وفى الوطء ترجح الأول بالصحة ، فتكون الأولاد للأول على كل حال قياسًا على ما لو كان الأول حاضراً ، أما استواءهما فى الفراش فظاهر ، وأما استواءهما فى الوطء ؛ لأنه إن وُجد من الثانى حقيقة الوطء ، أو ما أقيم مقامه ، وُجد من الأول الوطء حكمًا ؛ لأن النكاح الأول صحيح ، والنكاح الصحيح فى حق من هو من أهل الماء أقيم مقام الوطء حتى يثبت النسب من صاحب النكاح ، وإن لم يكن وطءها حقيقة ، فإذا استويا فى الفراش وفى الوطء يجب أن يترجح الأول بحكم الصحة كما لو كان الأول حاضراً ، وهذا لأنه لا معارضة بين الصحيح والفاسد بوجه ما ، بل الفاسد مدفوع بالصحيح لامحالة .

قال : وإن نفاه الآخر وادعاه الأول ، أو ادعياه جميعًا ، أو نفاه الأول وادعاه الثانى ، فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله : هو ابن الأول ؛ لأنه وُلد فى نكاحه ، فلا ينتفى نسبه من صاحب النكاح إلا باللعان ، ولا لعان بين الأول والمرأة ؛ لأنها وطيت فى نكاحه بنكاح فاسد ، والوطء فى النكاح الفاسد يزيل الإحصان ، فلا يجب بقذفها بعد ذلك حد ولا لعان ، وعلى قولهما : هو ولد الثانى وإن نفاه ؛ لأنه ولد فى نكاحه نكاحًا فاسدًا ، وولد النكاح الفاسد لايقطع نسبه باللعان ، وكذلك لو كان سبئت المرأة ، فتزوجها رجل من أهل الحرب ، وولدت أولادًا ، فهو على الخلاف الذى مرّ ، وكذلك لو ادعت الطلاق فاعتدت وتزوجت ، والزوج الأول جاحد لذلك ، فهو على الخلاف ، ذكر هذين الفصلين شمس الأئمة السرخسى رحمه الله فى شرحه .

فهرس المحتويات

***